Gewohnheitsrecht

und

Gewohnheitsrechtstheorien.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

vorgelegt der

hohen juristischen Fakultät

der königlich bayrischen

Friedrich-Alexanders Universität zu Erlangen

von

Franz Eich,

Referendar aus Geldern.

GELDERN,

Druck von L. N. Schaffrath.

1896.

Gewohnheitsrecht

und

Gewohnheitsrechtstheorien.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

vorgelegt der

hohen juristischen Fakultät

der königlich bayrischen

Friedrich-Alexanders Universität zu Erlangen

von

Franz Eich,

Referendar aus Geldern.

GELDERN,

Druck von L. N. Schaffrath.

1896.

Vorwort.

Der vorliegenden Abhandlung liegt ein im römisch-rechtlichen Seminar des Herrn Prof. Dr. Baron-Bonn ausgeführte Arbeit über das Thema: „Das Gewohnheitsrecht" zu grunde.

Auch in der jetzigen im wesentlichen dieselben Gesichtspunkte verfolgenden Bearbeitung sind die geschätzten Winke meines hochverehrten Lehrers verwertet worden. Ich verfehle nicht, demselben auch an dieser Stelle meinen Dank auszusprechen.

Der Verfasser.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsangabe.

§ 1. Einleitung.

I. Die Theorie der historischen Schule.

§ 2 Volksgeist und allgemeine Rechtsüberzeugung.
§ 3. Die Uebung als Erkenntnismittel
§ 4. Das Juristenrecht als Rechtsquelle.
§ 5. Die Gesetzgebung als „sekundäre" Rechtsquelle.
§ 6. Charakter, Verdienste und Fehler dieser Theorie.

II. Kritik dieser Theorie.

a. Auf die allgemeine Rechtsüberzeugung allein kann das Recht nicht gestützt werden.

§ 7. Der tiefere Grund dieser Ansicht.
§ 8. Verfehlte Berufung auf die Quellen.
§ 9. Die Ueberzeugung im Sinne der historischen Schule ist wegen ihres Inhaltes unhaltbar.
§ 10. Der Umfang dieser allgemeinen Rechtsüberzeugung trifft im Sinne der historischen Schule nicht zu.

b. Die „organische" Entwicklung des Rechts entspricht nicht den Thatsachen.

§ 11. Jhering über die Bedeutung der Uebung.
§ 12. Verdienste dieser Theorie Jherings.
§ 13. Mängel der Theorie Jherings.
§ 14. Jherings Theorie aus seinem Nachlass.

c. Das Gesetz ist nicht „sekundäre" Rechtsquelle.

§ 15. Worauf beruht die Abneigung gegen das Gesetz?
§ 16. Die Abneigung lässt ein wichtiges Rechtsentwicklungsmoment verkennen.
§ 17. Auf dieser Abneigung beruht ein Verkennen der gegenwärtigen Verhältnisse.

d. § 18. **Puchta's Juristenrecht ist unhaltbar.**

e. § 19. **Die Irrtumsfrage.**

f. § 20. **Die Beweisfrage.**

§ 21. Rückblick.

III. Kritik der heute herrschenden Theorien.

§ 22 Die Theorie der heutigen Vertreter der historischen Schule.
§ 23. Die Uebungstheorie.
§ 24 Die materialistische Theorie.

IV. Grund der Geltung des Gewohnheitsrechts.

§ 25. Vom Standpunkt der historischen Schule.
§ 26. Vom Standpunkt der Uebungstheorie.
§ 27. Andere Ansichten.
§ 28. Vom Standpunkt der materialistischen Theorie.

V. Kraft des Gewohnheitsrechtes.

§ 29. Die Antinomie in den Quellen.
§ 30. Die Vereinigungsversuche
§ 31. Historische Auslegungsversuche.
§ 32 Die Lösung der Antinomie.
§ 33. Begründung aus historischen Gesichtspunkten.
§ 34. Erklärung anscheinend entgegenstehender Quellenstellen.
§ 35, Die Stellung der modernen Gesetzgebung zu dieser Frage.

§ 1.

Als Inhalt und Ziel dieser Abhandlung, schwebt dem Verfasser der Gedanke vor, mit dem Versuche einer Kritik der hervorragendsten modernen Gewohnheitsrechtstheorien den einer kritischen Beleuchtung der sehr umstrittenen Materie selbst zu verbinden. Dadurch wird eine von den üblichen Behandlungsmethoden dieser Materie gänzlich verschiedene Darstellung bedingt, die mit einigen Worten gerechtfertigt werden soll.

In den Quellen auf Grund falscher Ansicht mangelhaft definiert und in seinen Wirkungen zudem widersprechend dargestellt tritt uns das Gewohnheits-Recht von vornherein als eine unsichere und schwierige Materie entgegen. Seine Wichtigkeit veranlasste jede Schule, jeden Theoretiker zu ihm ganz besonders Stellung zu nehmen, und so suchte man teilweise mit Umgehung der Quellen, jeder von seinen Grundanschauungen über die Entstehung des Rechts überhaupt ausgehend nach einer befriedigenden Theorie. Vielfach spiegeln sich daher die rechtsphilosophischen und politischen Anschauungen bestimmter Perioden in diesen Theorien wieder.

Von der naturrechtlichen Lehre, sowie der im vorigen Jahrhundert herrschenden Gesetzgebungstheorie wird nicht besonders gehandelt, da sie beide als überwunden gelten; auf sie wird nur beiläufig zurückzukommen sein.

Von der grössten Wichtigkeit erscheint die Theorie der historischen Schule, einerseits, weil sie in Aufbau und Begründung ein eigenartiges Produkt der Geistesthätigkeit ganz hervorragender Juristen ist, anderseits, weil sie im wesentlichen die Grundlage für mehrere heute herrschenden Theorien bildet.

Mit einer alles Wesentliche enthaltenden Skizze dieser Theorie wird die Darstellung beginnen, um in eine ausführliche Kritik derselben überzugehen.

Daran anschliessend folgt eine weitere Kritik der modernen Modificationen dieser Lehre, die sich folgerichtig auf die vorhergehende Kritik stützen kann.

Aus Rücksichten der Uebersichtlichkeit der Darstellung sollen nur historische und gegenwärtig thatsächliche Gründe dafür vorgebracht werden, während die „innere“ Begründung der Geltung des Gewohnheitsrechts (praeter legem) einem besonderen sie im Zusammenhang bearbeitenden Abschnitt vorbehalten wird.

Von der Geltung contra legem wird ebenfalls im Zusammenhang der letzte Abschnitt handeln.

I. Abschnitt.

Die Theorie der historischen Schule.

§ 2.

Volksgeist und allgemeine Rechtsüberzeugung.

Die von Savigny begründete, von Puchta ausführlich entwickelte und von den Anhängern der historischen Schule bis auf wenige Ausnahmen lebhaft vertheidigte Theorie der „organichen" Entwickelung des Rechts beruht auf ff. Anschauungen.

Die ursprüngliche Entwickelung der zur Erzeugung des Rechts nötigen Funktionen der Völker liegt in der vorgeschichtlichen Zeit und damit ausserhalb der juristischen Untersuchung. Soweit die Geschichte zurückreicht, findet sich bereits bei jedem Volk ein positives Recht vor, d. h. das Recht hat stets schon ein gegebenes wirkliches Dasein.

Von dieser geschichtlichen Thatsache geht die juristische Untersuchung aus, auf Grund ihrer versucht sie das Bild der Entstehung des Rechts zu rekonstruieren.

Das Subjekt in welchem und für welches das positive Recht sein Dasein hat, ist das Volk, nicht aber das Volk in seinen einzelnen Gliedern, sondern der in allen einzelnen lebende „Volksgeist".

Zum Begriff des Volkes gehört die natürliche Grundlage der gemeinsamen Abstammung, die sowohl eine leibliche wie eine geistige Verwandtschaft der Fähigkeiten und Ueberzeugungen im Gefolge hat. Wie der einzelne seine eigenen Ueberzeugungen hat, so hat er auch als Glied des Volkes Ueberzeugungen, die er auf Grund dieser geistigen Verwandtschaft mit den übrigen Gliedern theilt — mit anderen Worten: — Diese letzteren Ueberzeugungen sind ein Ausfluss des „Volksgeistes", denn dieser und nicht der Geist des einzelnen ist ihre Quelle.

So erklärt die natürliche Verwandtschaft des Geistes das Vorhandensein des Volksgeistes und dadurch mittelbar das der allgemeinen Ueberzeugung.

Zu dem natürlichen Band der leiblichen und geistigen

Verwandtschaft tritt noch ein anderes Band als Produkt des allgemeinen „Volkswillens“ [1]) — die Verfassung.

Diese macht das Volk zur bürgerlichen Gesellschaft, zum Staate und erhebt es dadurch über den Charakter einer bloss natürlichen Vereinigung. Auch der Staat ist gegründet auf der natürlichen Verbindung, denn der Wille, der ihn hervorruft, kann keine andere Quelle haben, als die vermöge der geistigen Gemeinschaft im Volke bestehende natürliche Uebereinstimmung.

Erst mit dieser Verbindung zum Staate ist der Boden gewonnen, auf dem „Recht“ entstehen kann und zwar ist seine einzige Quelle ebenderselbe gemeinsame Wille, dieselbe gemeinsame Ueberzeugung, die die Verfassung ins Leben gerufen hat, denn eine gemeinsame Ueberzeugung und ein der rechtlichen Freiheit entsprechendes Verhältniss der Glieder bilden die nothwendige Voraussetzung der Entstehung des Rechts.

So ist das Volk nicht nur der Boden, auf welchem das Recht entsteht, es ist auch die Quelle des Rechtes selbst.

„So ist keine vollkommene rechtliche Ueberzeugung denkbar ohne eine Verfassung, welche die Realisierung derselben bestimmt, sollte sie auch noch so sehr in ihren ersten Anfängen sich befinden. Nur muss man freilich nicht den Schluss machen wollen, dass, weil das Recht nicht vor der Verfassung und dem Staate vorhanden ist, es auch durch denselben hervorgebracht sein müsse.“ [2])

Ziehen wir aus dieser Darstellung das Resultat: Das Recht ist nicht das Werk einer bewussten Reflexion, wird nicht gemacht, sondern ist der unbewusste Ausfluss der in einem bis zu einer gewissen Stufe staatlicher Entwickelung vorgeschrittenen Volke lebenden allgemeinen Rechtsüberzeugung.

§ 3.

Die Uebung als Erkenntnismittel.

Die allgemeine Rechtsüberzeugung wird wirksam in den Gliedern des Volkes dadurch, dass sie in dem Bewusstsein der einzelnen hervortritt [3]) und durch dieses auf ihre Handlungen, welche die Anwendung und Uebung des Rechts bilden, mittelbar einwirkt. So liegt allen diesen Handlungen der einzelnen als gemeinsames Moment das zu Grunde, dass sie ein Ausfluss der gemeinsamen Volksüberzeugung sind.

[1]) Puchta identificiert hier „Volkswille“ mit Volksüberzeugung, die doch grundverschieden sind. cf. dazu Zitelmann im Archiv für civ. Praxis B 66. Anmerkung 109.

[2]) cf. Puchta: Gewohnheitsrecht Buch II S. 143 (1828).

[3]) Eine eingehende Untersuchung hierüber lehnt Puchta ab. cf. G. R. Buch II S. 154.

Die Anwendung und Uebung der rechtlichen Ueberzeugung wird „Sitte“ genannt, mithin ist die Sitte die Erscheinungsform des Rechts, seine Erkenntnisquelle, und füglich verdiente dieses Recht den Namen „Recht der Sitte“ und nicht die durch die Gleichstellung der Worte Sitte und Gewohnheit eingebürgerte Bezeichnung Gewohnheitsrecht.

Die Gewohnheit oder Uebung bildet also kein wesentliches Moment der Rechtsentstehung, obwohl sie die „unzertrennliche Begleiterin“ des Rechts ist.

Der Beweis für diese unsichthare Entstehung des Rechts ist natürlich nicht in Urkunden zu finden, sondern Savigny[1]) sieht ihn in der Thatsache, dass die Vorstellung des Rechts stets begleitet ist von dem Gefühl seiner inneren Nothwendigkeit — opinio necessitatis — ein Gefühl, das seinen bestimmtesten Ausdruck findet in der uralten Zurückführung des Rechts auf göttlichen Ursprung. Dieses Gefühl innerer Nothwendigkeit, welches jede zufällige und willkürliche Entstehung, jedes bewusste und absichtliche Handeln verneint, beherrscht auch die Vorstellung von der Entstehung der Sprache; auch sie ist ein Produkt des Volksgeistes und kann somit als Analogon zum Beweis der unsichtbaren Entstehung des Rechts herangezogen werden.

Einen weiteren Beweis sieht Savigny in der Thatsache der allgemeinen, gleichförmigen Anerkennung des positiven Rechts.

Das Recht lebt aber nicht als abstrakte Regel in der Ueberzeugung des Volkes, sondern als „lebendige Anschauung der Rechtsinstitute in ihrem organischen Zusammenhang“, aus der die abstrakte Regel nach Bedürfnis sich logisch bilden lässt: „Die Jugendzeit der Völker ist arm an Begriffen, aber sie geniesst ein klares Bewusstsein ihrer Zustände und Verhältnisse, sie fühlt und durchlebt diese ganz und vollständig, während wir in unserm künstlich verwickelten Dasein von unserm eigenen Reichtum überwältigt sind, anstatt ihn zu geniessen und zu beherrschen“[2]).

In dieser begriffsarmen Periode wird sich jene lebendige Anschauung der Rechtsinstitute nur offenbaren als „sinnliche“ Anschauung, als bildliche Darstellung des Wesens der Rechtsverhältnisse.

Symbolische Handlungen bilden die noch wenig gelehrte Grammatik des Rechts, die aber den Vorzug der grösseren Klarheit und Fasslichkeit, vor allem aber der innigen Verehrung und Heilighaltung seitens des Volkes geniesst.

---

[1]) System B. I. S. 15.

[2]) Savigny: Vom Berufe unserer Zeit. S. 9. (1840).

Im Wechsel der Generationen wird sie und mit ihr das Recht sich traditionell weiter vererben, bis die steigende Entwicklung des Volkes diesen ehrwürdigen Träger des Rechts als entbehrlich und hinderlich durch die weniger ungelenke und deshalb praktischere Form der Schriftlichkeit ersetzt.

Zur Entfaltung gelangt also das im Keim vorhandene Recht durch die Uebung, aber nicht nur die Entfaltung, auch die Veränderung des Rechts wird durch sie bewirkt und zwar wiederum im engsten Anschluss an den natürlichen Entwicklungsprozess des Volkes und des in ihm lebenden Volksgeistes. Zufall und Willkür ist auch hier ausgeschlossen. Wie die erste Entwicklung, so unterliegt auch die Fortbildung des Rechts dem Gesetze der jedes bewusste absichtliche Handeln ausschliessenden inneren Nothwendigkeit — sei es nun, dass neue Rechtsinstitute erzeugt oder vorhandene umgestaltet werden. Ein Augenblick absoluten Stillstandes des Rechts ist undenkbar.

Gegen die Regel, dass alles Recht aus der allgemeinen Rechtsüberzeugung entstehe, lässt Savigny eine Ausnahme zu, während Puchta eine solche durchaus verneint.) Savigny[2]) giebt unter Berufung auf das Gesetz der Continuität menschlicher Handlungen und Zustände zu, dass die Uebung mitwirkender Entstehungsgrund und nicht blosses Erkenntnismittel sei, wenn es sich handelt um ins einzelne gehende Bestimmungen, die an sich ein weniger sicheres Dasein führen, und bei welchen die Art und Weise der Normirung relativ gleichgültig ist. Er verzichtet also hier auf das Erfordernis der inneren Ueberzeugung, weil eine solche hier unmöglich ist.

Es ist dies nicht die einzige Meinungsverschiedenheit zwischen den Begründern dieser Theorie. So glaubt Puchta eine allgemeine Rechtsüberzeugung sei nur in einem zum Staat verbundenen Volke als Quelle des Rechts möglich, während wiederum Savigny[3]) zugiebt, dass eine geistige Gemeinschaft auch in einer blossen Stammesverwandtschaft bestehen könne. Mit diesem Zugeständnis hält Savigny die Existenz des Völkerrechts, die Puchta[4]) zufolge seiner strengeren Theorie geleugnet hatte, aufrecht.

§ 4.

Das Juristenrecht als Rechtsquelle.

Die Blütezeit des in dieser Weise aufsprossenden Rechts

[1]) Puchta. G. R. Buch II S. 169 ff.
[2]) System B. I S. 33.
[3]) System B I S. 33.
[4]) Puchta G. R. Buch II S. 142.

muss zusammenfallen mit der Jugendzeit des Volkes, mit der Zeit, in welcher im engsten Nationalzusammenhang noch „allgemeines“ Rechtsbewusstsein allein und überall besteht, wo noch nicht die verschiedenartige Bildung der einzelnen verschiedene Berufsstände und Volksklassen und mit diesen verschiedenartige Bedürfnisse, verschiedene Ansichten, Bestrebungen — kurz — bürgerliche und politische Parteien mit ihren Gegensätzen ins Leben gerufen hat.

Sobald dies geschehen ist, kann nicht „alles“ Recht mehr im Bewusstsein des Volkes leben, sondern es wird zum Teil nur leben, in dem Bewusstsein dieses oder jenes Standes. Damit würde aber eine vollständige Zersplitterung des einheitlichen Rechts Hand in Hand gehen, wenn nicht ein Stand berufen wäre, vermöge seiner besonderen Stellung das Bewusstsein des „ganzen“ Volkes zu repräsentiren[1]) — der Juristenstand.

Von nun an führt das Recht ein doppeltes Leben: „Seinen Grundzügen nach lebt es fort im gemeinsamen Bewusstsein des Volkes, die genauere Ausbildung und Anwendung im einzelnen ist der besondere Beruf des Juristenstandes.“[2]) Jenes nennt Savigny das politische, dieses das technische Element des Rechts. Das ist der Weg, den nach der Theorie der historischen Schule die organische Entwicklung des Rechts bei dem mit der Civilisation zunehmendem Detail nimmt, um gemäss der opinio necessitatis an den Klippen des Zufalls und der Willkür vorüberzukommen.

§ 5.

Das Gesetz als sekundäre Rechtsquelle.

Ausser den beiden bisher erwähnten Rechtsquellen, allgemeine Rechtsüberzeugung und Juristenrecht, findet an dritter Stelle die Gesetzgebung als Rechtsquelle ihren Platz in diesem System.

Zur grösseren Sicherheit des Rechts fordert Savigny, dass es ein äusserlich erkennbares Dasein führe, „durch dessen Macht jede individuelle Meinung beseitigt und die wirksame Bekämpfung des unrechten Willens erleichtert wird.“ Zur Erfüllung dieser „grossen“ Aufgabe hat diese Theorie das Gesetz ausersehen. In zweiter Linie fällt ihm zudem die Erfüllung zweier anderer Zwecke zu.

Wo nämlich das Volksrecht schneller und sicherer Er-

[1]) System B. I S. 45. — Vom Berufe unserer Zeit. S. 12.

[2]) System l. c.

gänzung bedarf und die langsame Wirkung des Gewohnheitsrechtes hinter den Verkehrsbedürfnissen zurückbleibt, wo ferner Volksansichten in den bei der Fortbildung des Rechts eintretenden Uebergangsstadien noch nicht zu einem sicheren Dasein gelangen können, da soll durch gesetzliche Festlegung dem Uebelstand abgeholfen werden.

Dazu bedarf aber der gemeinsame Wille! einer besonderen Bethätigung durch ein vom Volke verschiedenes, aber gleichwohl das ganze Volk repräsentierendes Organ — die Staatsgewalt. Ihre Aufgabe ist es einmal, den allgemeinen Willen zu erkennen und dann den erkannten ausdrücklich auszusprechen und festzusetzen im Gesetz. Die Voraussetzungen zur Erfüllung dieser Aufgabe sind gegeben; denn „der Gesetzgeber steht im Mittelpunkt der Nation, sodass er ihren Geist, ihre Gesinnungen, ihre Bedürfnisse in sich concentrirt und dass wir ihn als den wahren Vertreter des Volksgeistes anzusehen haben."[1]) Seine Thätigkeit ist aber eine durchaus formelle, denn ihm fehlt ein eigenes Rechtsbewusstsein, er kann den Stoff zu seiner Thätigkeit nur vom Volksgeist erhalten und also nur schon bestehendes Recht aussprechen. Somit gilt der Ausspruch des Gesetzgebers nicht mehr und nicht weniger als die allgemeine Rechtsüberzeugung, woraus gefolgert wird, dass das Gewohnheitsrecht dem gesetzlichen Recht völlig gleichstehe. Thatsächlich nimmt aber das Gesetz in diesem System den Rang einer sekundären Rechtsquelle ein. Die ihm fehlende allgemeine Rechtsüberzeugung muss ersetzt werden durch die Fiktion, dass dasjenige, was der Gesetzgeber im verfassungsmässigen Wege, als allgemeinen Willen! ausspricht, auch als solcher gilt.

Die Fiktion ist also der einzige Weg, die Gesetzgebung in diese Theorie der allmächtigen Rechtsüberzeugung einzuführen.

Viel besser führt sich dagegen das Juristenrecht ein. Wie wir gesehen haben wird auch der Juristenstand als Repräsentant des ganzen Volkes aufgefasst, denn er geht unmittelbar aus dem Volke hervor und entfaltet eine nationale Thätigkeit, die ihn in steter Verbindung mit dem Volke erhält — aber diese Rechtsquelle hat ihren „eigenen" Inhalt.

Sofern die Juristen als Repräsentanten des Volkes ihren Rechtsüberzeugungen folgen, vermögen sie wahres Gewohnheitsrecht zu produzieren; sofern sie ferner ihre eigenen „wissenschaftlichen" Ueberzeugungen geltend machen und also zunächst als Individuen und nicht als Volksglieder thätig werden, erzeugen sie ein Recht, das in erster Linie von ihnen selbst und erst mittelbar vom Volke herrührt.

---

[1]) System B. I. S. 39.

§ 6.

Charakter, Verdienste und Fehler dieser Theorie.

Das Resultat dieser Lehre von der Entwicklung des Rechts ist das, dass die letzte und eigentliche Quelle alles Rechts die allgemeine Rechtsüberzeugung ist, als deren Träger der Volksgeist erscheint.

Sie tritt teils unmittelbar produktiv hervor im Gewohnheitsrecht und Juristenrecht, teils mittelbar im Gesetzesrecht und im wissenschaftlichen Recht der Juristen.

Nicht bewusste, absichtliche Reflexion, sondern unbewusstes, unabsichtliches opinio necessitatis in sich schliessendes „Werden" liegt der Rechtsentstehung zu Grunde. Das Recht ist in der allgemeinen Rechtsüberzeugung des Volkes vorhanden, es wird nicht gemacht.

Die tiefere Begründung dieser Theorie ruht in den Grundsätzen und dem Charakter der historischen Schule.

Diese stellt als oberstes Grundgesetz das Moment der historischen Entwicklung des Rechts auf, d. h. das Recht bez. die Rechtsinstitute einer bestimmten Periode sind als Entwicklungsprodukte zu betrachten und als solche zu erklären. Eine befriedigende Erklärung ist aber nur dadurch zu erreichen, dass man das Gegebene aufwärts durch alle seine Verwandlungen hindurch bis zu seiner ersten Entstehung erklärt.[1])

Nun ist nach dieser Theorie das Recht ein Ausfluss aus dem Geiste, der Natur des Volkes; das Volk aber ist ein stets werdendes, sich entwickelndes Ganze und an dieser Entwicklung nimmt das Recht teil. Somit wächst es aus kleinen Anfängen heraus mit dem Volke und zwar in einer fortlaufenden Reihenfolge, in welcher jeder nachfolgende Rechtszustand von dem vorhergehenden bedingt und bestimmt wird und wiederum den nach ihm folgenden Rechtszustand bestimmt.

Eine allmäliche, nicht sprunghafte Entwicklung, in gleichem Schritte mit dem Volksgeist und dem Volke ist demnach das, was die historische Schule will. Wollte man hiernach ihren Charakter kennzeichnen, so wäre er ein konservativ-reformierter. Die historische Schule ist sowohl gegen den Radikalismus, denn sie will nicht sprunghafte, sondern allmäliche Entwicklung, als auch gegen die Reaktion, denn sie will Entwicklung.

Auf der konsequenten Durchführung dieses Gedankens beruhen hauptsächlich die grossen Verdienste dieser Schule, aber in der durchaus einseitigen Hervorhebung desselben sind ihre Fehler begründet.

[1]) Wie sehr aber gerade hier die historische Schule ihren Principien untreu wird, sofern es sich um den Nachweis der „Entstehung" des Rechts handelt, wird später ersichtlich werden.

Mit der energischen Betonung des Momentes der Entwicklung trat sie der naturrechtlichen Lehre schroff entgegen. Sie zeigte, dass das Recht nicht als etwas Unveränderliches anzusehen sei, indem sie bewies, dass der Satz, „das Vernünftige sei auch das Ursprüngliche und für alle Zeiten Gültige", eine dem wirklichen Leben von aussen her aufgedrungene und deshalb ihm keineswegs entsprechende Weisheit sei. Mit durchschlagendem Erfolg machte sie diesem Apriorismus gegenüber geltend, dass man die Gesetze des wirklichen Lebens erforschen und damit die Wissenschaft des Rechts zu einer positiven gestalten müsse.[1])

Dazu kommt noch das „nationale" Moment dieser Theorie. Die organische Entstehung des Rechts ist gleichbedeutend mit dem Hervorquellen desselben aus dem Born des nationalen Rechtsgefühls. Während die naturrechtliche Lehre den nationalen Charakter leugnen musste consequent ihren aprioristischen Principien, während ferner nach der Anschauung des XVIII. Jahrhunderts die Willkür der gesetzgebenden Gewalt diesen nationalen Charakter zum blossen Schein hinabdrückte, erhob ihn die historische Schule dadurch, dass sie das Recht als ein Produkt des Volksgeistes ansieht zu einer dem Recht wesentlichen und von ihm unzertrennlichen Eigenschaft.

Dadurch war dem Recht seine nationale Grundlage, dem Volk sein Recht wiedergegeben. Gleichzeitig bedeutet dies einen endgültigen Sieg über jene antinationalen Lehren.

So gross und bahnbrechend die in dieser Theorie niedergelegten Ideen sind, so hat doch die „einseitige" Betonung der neugefundenen Wahrheit des historischen Werdens des Rechts und seiner engen Verknüpfung mit dem Volksleben zu Resultaten geführt, die mit den Thatsachen des Lebens in Widerspruch stehen.

Vor allem aber ist es eine andere Einseitigkeit, die zu ernsten Bedenken Anlass gegeben hat — die Auffassung der Gesetzgebung als „sekundäre" Rechtsquelle. Dieser Fehler war durch den eben genannten hervorgerufen, insofern die Ueberschätzung der allgemeinen Rechtsüberzeugung zur einseitigen Betonung des von ihr unmittelbar hervorgebrachten Gewohnheitsrechts führte. Die tendenziöse Bevorzugung des Gewohnheitsrechts bedeutete einen Fehler, dessen böse Folgen sich im Leben besonders fühlbar machten, ja dessen verderblicher Einfluss selbst in unserer heutigen Gesetzgebung noch zu erkennen ist. Die historische Schule hat sich nicht nur keine Verdienste um die Gesetzgebung erworben, sie verschuldet auch

[1]) Die historische Schule fiel jedoch in denselben Fehler, wie sich im Verlauf der Abhandlung zeigen wird.

zum teil die Mangelhaftigkeit des Zustandes unserer heutigen bürgerlichen Gesetzgebung.

Den entscheidenden Schlag gegen diese beiden Fehler und damit gegen die ganze Theorie der organischen Rechtsentwicklung führte Jhering. Seinem scharfen Blick und seiner praktischen Rechtsanschauung entgingen diese Mängel nicht, gegen sie richtete sich seine geistreiche Polemik mit dem ihr eigenen Glück.

Unter Berücksichtigung seiner Angriffe soll im folgenden eine Kritik an der Theorie der historischen Schule geübt werden.

II. Abschnitt.

Kritik der Theorie der historischen Schule.

a. Auf die allgemeine Rechtsüberzeugung allein kann das Recht nicht gestützt werden.

§ 7.

Der tiefere Grund dieser Ansicht.

Unter „allgemeiner Rechtsüberzeugung" wird vorläufig nur die nach Savigny-Puchta „von anfang an existierende" allgemeine Rechtsüberzeugung verstanden.

Die historische Schule baut die ganze Theorie der Rechtsquellen auf der Grundlage dieser allgemeinen Rechtsüberzeugung auf. Der tiefere Grund für diese Auffassung ist bereits angedeutet, er liegt in dem einseitigen Hervorheben des „nationalen" Elementes der Rechtsüberzeugung.

Savigny hat diesen nationalen Charakter der Rechte zum „Grund- und Eckstein" der historischen Schule gemacht. Ueberall wird von ihm eine national verbundene Gesammtheit von Menschen als Trägerin und Erzeugerin des Rechts vorausgesetzt und damit der Rechtsüberzeugung ein für alle Mal der Charakter nationaler Allgemeinheit aufgeprägt.

Er gibt einmal eine Ausnahme zu, um, wie schon oben erwähnt wurde, gegen Puchta das Völkerrecht aufrecht zu erhalten. Diese Ausnahme ist jedoch zur Regel zu erheben, d. h. jeder Menschenverband ist durchaus als befähigt anzusehen, Träger einer Rechtsüberzeugung und damit Träger der Rechtserzeugung zu sein Nicht alles Recht hat einen allgemeinen nationalen Charakter und daher kann das Recht auch nicht ausnahmslos aus der Quelle der allgemeinen nationalen Rechtsüberzeugung hergeleitet werden. Die allgemeine Rechtsüberzeugung ist zudem nicht stets eine nationale, wie die historische Schule fälschlich annimmt, denn die Begriffe „allgemein" und „national" decken sich nicht.

Es gibt viele Sätze, die im Widerspruch mit der Ueberzeugung der Nation zu thatsächlich geltendem Recht werden, und die der Theorie der allgemeinen sogar nationalen Ueberzeugung ein Rätsel bleiben müssen.

Der Beweis dafür ist da zu erbringen, wo von dem Umfang der Rechtsüberzeugung die Rede ist.

§ 8.

Verfehlte Berufung auf die Quellen.

Mit Unrecht stützt sich diese Theorie auf die Quellen. Savigny und Puchta glauben in dem tacitus consensus populi einen Anhaltspunkt für ihre allgemeine Rechtsüberzeugung gefunden zu haben. Diese Quellenstelle besagt,[1]) dass das Volk als Träger der gesetzgebenden Gewalt sowohl ausdrücklich im Gesetz, als auch stillschweigend im Gewohnheitsrecht seinen „Willen", dass ein Satz Recht sein solle kundgeben könne. Also nicht in der Ueberzeugung, sondern in dem „Willensakt" des Volkes liegt nach römischer Auffassung der Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts.

Ferner erhellt, dass die Römer hier den Fehler begehen, das politisch organisierte Volk mit dem Volk überhaupt, der „idealen durch alle Generationen fortdauernden römischen Nation" zu verwechseln.

Es steht endlich dieser tacitus consensus populi zwar in den Quellen, aber es ist durch andere Quellenstellen wiederum unzweifelhaft erwiesen, dass in ihm nicht das ausschlaggebende Entstehungsmoment des Gewohnheitsrechts zu sehen ist. Aus den Stellen: l. 32 § 1, l. 33, l. 35 D. I. 3 (de legibus) geht hervor, dass die Römer die thatsächlich längere Uebung als Entstehungserfordernis des Gewohnheitsrechts betrachten, dass mithin jener tacitus consensus populi nur eine der römischen Auffassung entsprechende, aber durchaus verfehlte theoretische Fixierung des Gewohnheitsrechts abgeben sollte.

Diese Betonung des Willensmomentes seitens der römischen Juristen ist schon einmal für die Theorie des Gewohnheitsrechts verhängnisvoll geworden. Die Romanisten des XVIII. Jahrhunderts zogen daraus die Consequenzen, die das Gewohnheitsrecht vom Volke losrissen, um es an die Genehmigung des Gesetzgebers zu knüpfen, die es seines nationalen Gewandes ganz entkleideten, um es zu einem Produkt legislativer Willkür zu stempeln.

Die erfolgreiche Bekämpfung dieser grundfalschen Ansicht bildet ein Hauptverdienst der historischen Schule. Sie selbst begeht den Fehler, die römischen Quellen ihrer eigenen vorge-

[1]) l. 32 § 1 D de legibus I. 3.

fassten Ansicht gemäss auszulegen, statt von deren Fehlerhaftigkeit auf absolute Unhaltbarkeit zu schliessen. So wurde der tacitus consensus auch für die historische Schule verhängnisvoll. Puchta übersetzte ihn mit „gemeinsame Ueberzeugung", Savigny mit „aus innerer Notwendigkeit übereinstimmende Gesinnung" — beide suchen auf diese Weise die thatsächlich aus den Quellen hervorgehende Kluft zwischen ihrer und der römischen Auffassung zu überbrücken.

Die versuchte Berufung auf die Quellen ist demnach eine verfehlte, sie ist künstlich, nicht wissenschaftlich.

§ 9.

Die Ueberzeugung im Sinne der historischen Schule ist wegen ihres Inhaltes unhaltbar.

Wie harmoniert diese Theorie mit den Thatsachen des wirklichen Lebens? Zunächst wie entspricht das, was Savigny und Puchta als Inhalt der allgemeinen Rechtsüberzeugung fordern, dem, was wirklich im Rechtsgefühl des Volkes lebt?

Savigny[1]) gibt als ihren Inhalt an, „die gemeinsame unmittelbare Ueberzeugung von dem Dasein und der Gültigkeit einer Rechtsregel" und aus einer anderen Stelle geht hervor, dass auch die Rechtsüberzeugung des einzelnen dahin gehen müsse, „die Handlungen im Gefühl rechtlicher Nothwendigkeit" — opinio necessitatis — vorzunehmen.[2])

Puchta[3]) erklärt sich noch deutlicher, wenn er spricht von einer „Ueberzeugung von der Existenz des Rechtssatzes," die in dem Handelnden vorhanden sein muss.

Eine derartige Ueberzeugung entspricht nicht dem thatsächlichen Denken der einzelnen. Ein Mann aus dem Volke kann nicht die Ueberzeugung haben, ein Satz „sei" Recht allein durch seinen Inhalt und seinen Wert, ein Satz sei bereits „existent", weil seine Ueberzeugung notwendig auch die des ganzen Volkes sei. Jedermann weiss vielmehr, dass seine eigene Ueberzeugung noch nicht Recht sei, weil er im Recht eine über ihm stehende Macht erkennt.

Er müsste ferner überzeugter Anhänger der Savigny-Puchta'schen Theorie sein, um zu glauben, dass allein aus dieser Ueberzeugung Recht entstehen könne. Schwerlich aber wird diese Theorie, die schon unter den Juristen so streitig ist, im Volke Anhänger finden.

Endlich würde er damit ein Urteil fällen und um dieses richtig fällen zu können, müsste er den Begriff des Rechts als

[1]) System B. I S. 146.
[2]) System B. I S. 174.
[3]) G. R. Buch III S. 66.

unerlässliche Voraussetzung beherrschen — diese Voraussetzung ist nicht gegeben.[1])

Eine von vornherein existierende allgemeine Rechtsüberzeugung als alleiniges Entstehungserfordernis des Gewohnheitsrechts und zwar des Inhalts, „dass ein Satz bereits Recht sei", eine mit innerer Nothwendigkeit — opinio necessitatis — dahingehende gemeinsame, übereinstimmende Gesinnung, kann nur in der Theorie leben, der Praxis, d. h. dem wirklichen Leben ist sie fremd.

Es existiert im Volke ein allgemeines Rechtsgefühl von der „Angemessenheit" des Satzes, der erst durch fortgesetzte Uebung in die Ueberzeugung der Uebenden und damit in Geltung übergeht. Der Beweis dafür ist unten zu erbringen.

Savigny hat auch anerkannt, dass seine Ueberzeugung nicht überall denkbar sei und hat demgemäss Ausnahmen zugelassen für Sätze, die ihrer Natur nach relativ gleichgültig seien: hier lässt er die Uebung als mitwirkenden Entstehungsgrund auftreten.

Die Ausnahme ist zur Regel zu erheben, denn niemand teilt die allgemeine Rechtsüberzeugung der historischen Schule, die die Uebung zum blossen Erkenntnismittel herabdrückt. Im Leben spielt die Uebung, wie unten nachzuweisen ist, die Rolle eines unerlässlichen Entstehungserfordernisses. Diese Bedeutung der Uebung verträgt sich nicht mit einer allgemeinen Rechtsüberzeugung des Inhalts, dass ein Satz bereits Recht „sei". Da diese Rolle der Uebung Thatsache ist, so ist folglich diese allgemeine Rechtsüberzeugung als unhaltbar nachgewiesen.

Ein allgemeines Rechtsgefühl von der „Angemessenheit" eines Satzes ist hingegen „ohne" Uebung bedeutungslos; es verträgt sich nicht nur mit der thatsächlichen Bedeutung der Uebung, sondern die Uebung ist hier sogar unerlässlich.

Der „Inhalt" der allgemeinen Rechtsüberzeugung der historischen Schule ist also lediglich Theorie und begründet schon seinerseits die Unhaltbarkeit dieser Rechtsüberzeugung.

§ 10.

Der Umfang dieser allgemeinen Rechtsüberzeugung trifft im Sinne der historischen Schule nicht zu.

Dass Gewohnheitsrecht entstehen kann, weil der Inhalt der Gewohnheit mit der Anschauung des gesammten Volkes übereinstimmt, ist nicht zu leugnen. Jedenfalls aber bildet auch dies nun wieder nicht die Regel.

Als treffendstes Beispiel dafür, dass Gewohnheitsrecht auch entsteht ohne Uebereinstimmung der ganzen Nation, ja geradezu im Widerspruch mit ihr steht, die Reception des römischen

1) cf. Zitelmann a. a. O.

Rechts in Deutschland da. Es bedarf kaum des Beweises, dass das römische Recht bei uns keineswegs geltendes Recht geworden ist auf Grund der allgemeinen Rechtsüberzeugung des deutschen Volkes, denn dem deutschen Volksgeist musste der Inhalt dieses fremden römischen Rechts um so mehr fremd sein, als das heilige römische Reich deutscher Nation lediglich ein die Geschichtsunkenntnis des deutschen Volkes ausnützendes „Produkt einer theoretischen Construktion und einer berechneten Politik der Kaiser und Päpste“[1]) war und der Idee und dem Willen des Volkes keineswegs entsprach.

Wie harmoniert nun die Thatsache der Geltung des römischen Rechts mit jener Theorie von dem nationalen Charakter alles Rechts?

Die historische Schule muss das römische Recht als einen „Eindringling“ ansehen, dessen Entfernung vom Standpunkt ihrer Theorie gefordert werden muss — und doch gibt Savigny sich alle Mühe, die Reception mit seiner Theorie in Einklang zu bringen. „Im Laufe der Zeit sei das römische Recht das unsrige geworden“, so lautet der keineswegs geschickte Ausweg, den Savigny einschlägt, um das fremde Recht in den Rahmen des Nationalitätsprincips hineinzuzwängen. — Aber gerade, weil das römische Recht erst im Laufe der Zeit zu dem unsrigen geworden ist und also eine allgemeine Rechtsüberzeugung von vornherein nicht vorhanden war, muss Savigny in der Thatsache der Aufnahme des fremden Rechts eine „unerklärliche Verirrung der Geschichte“ ein „Abfall vom historischen Princip“, ein „Rätsel für das der Wissenschaft die Lösung fehlt“[2]) sehen — fürwahr kein glücklicher Ausweg.

Trotz der geradezu widerstrebenden Volksmeinung, entgegen dem nationalen Rechtsbewusstsein, ist das römische Recht durch Uebung und thatsächliche Anwendung seitens der juristischen Praxis eingebürgert, allmälich jedoch zur Ueberzeugung gelangt und damit zum Gewohnheitsrecht des Volkes geworden.[3])

Mit der Reception des römischen Rechts befindet sich die Theorie der historischen Schule in einem Widerspruch, den sie unmöglich lösen kann, so lange sie an dem Gedanken der Nationalität alles Rechts als den einzig massgebenden festhält.

Was soll man aber von einer Theorie der Rechtsentstehung halten, welche den wichtigsten Akt der Rechtsbildung, die Grundlage unseres ganzen heutigen Rechtszustandes wissenschaftlich nicht begründen und rechtfertigen kann? Sie ist wie Schwanert[4])

[1]) cf. Schwanert, a. a. O. S. 11.

[2]) v. Jhering. Geist des römischen Rechts. Band I S. 5.

[3]) Baron: Pandekten § 7, wo der Gedanke ausgesprochen ist, dass das Recht der juristischen Praxis allmälich zum Gewohnheitsrecht des Volkes wird. — (besser jedoch: „werden kann.“)

[4]) cf. Schwanert a. a. O.

treffend bemerkt, sicherlich „nicht die Theorie unseres“ Rechts, sondern vielleicht nur ein Ideal, dem die Wirklichkeit nicht entspricht.

In eine ähnlich üble Lage geräth die Theorie der historischen Schule hinsichtlich der Thatsache, dass vielfach Gesetze gegeben werden und zur Geltung gelangen, deren Inhalt der allgemeinen nationalen Anschauung völlig fremd ist. Die Geschichte ist überreich an entsprechenden Beispielen, sie überliefert uns zahlreiche Gesetze, die lediglich aus Rücksichten der Zweckmässigkeit, Politik, Willkür, Leidenschaft gegeben sind.

War etwa beim Erlass des Zwölftafelgesetzes die allgemeine Rechtsüberzeugung des populus Romanus vorhanden, wo einerseits die Plebejer aus Rücksichten der Gleichstellung vor dem Gesetz, der Befreiung von der patrizischen Willkür, nach geschriebenen Gesetzen verlangten, anderseits die Patrizier aus politischen Rücksichten, um nicht den Dualismus im Staate zu kräftigen, sich widersetzten? Das Gesetz war vielmehr das Produkt eines durch lange Parteikämpfe erreichten Uebereinkommens zwischen den Parteien.

Noch weniger harmonierten die gracchischen und sullanischen Gesetze mit der Ueberzeugung des ganzen römischen Volkes, und viele Gesetze, die der Willkür und Leidenschaft der späteren Kaiserdespoten entsprangen, waren geradezu ein Hohn auf das nationale Bewusstsein des römischen Volkes.

Wie war es ferner zur Zeit Savigny's und Puchta's, wo infolge grosser politischer und socialer Umwälzungen die alten staatlichen und gesellschaftlichen Zustände erschüttert darniederlagen, wo eine Stein-Hardenberg'sche Gesetzgebung mit lebensfrischer Schöpferkraft dem Volke neue, seiner bisherigen Ueberzeugung fremde Ansichten zuführte, die sich im Laufe der Zeit bewährten und zur allgemeinen Rechtsüberzeugung des Volkes wurden?

Und heute? Schwerlich wird dem Bundesrat ein Gesetz zur Sanktion vorgelegt werden, das nicht im Reichstag aus allen möglichen für und gegen die allgemeinen Volksanschauungen sprechenden Rücksichten zusammengeflickt als Stückwerk an ihn gelangt, mag es auch vorher als ein einheitliches Ganzes aus einem Gusse der Volksvertretung vorgelegt sein und wenigstens als solches dem allgemeinen Rechtsbewusstsein entsprochen haben.

Sollten alle diese Beispiele und noch unzählige andere wieder nur „Ausnahmen“ bilden, und demnach die Rechtsentwicklung aus dem Born der nationalen Rechtsüberzeugung als die Regel aufrecht erhalten werden? Es wäre dies nur möglich in Verbindung mit gänzlicher Ignorierung der Ge-

schichte, mit gänzlicher Verkennung auch der gegenwärtigen Verhältnisse.

So sehr der Inhalt dieser Rechtsüberzeugung unpraktisch ist, so sehr ist auch ihr von Savigny und Puchta geforderter Umfang eine im wirklichen Leben äusserst selten eintretende Erscheinung. Eine nationale Ueberzeugung ist denkbar, jedoch nur über Sätze von allgemeinster Bedeutung, so z. B. über die Geltung der Gesetze oder des Gewohnheitsrechts. Bei allen Sätzen aber, über welche die Ansichten auseinandergehen — und das sind heute bei weitem die zahlreicheren — kann von einem solchen Umfang der Ueberzeugung keine Rede sein.

Oft fehlt eine Ueberzeugung gänzlich, so bei Sätzen über die Länge vieler Fristen, über die Form eines Rechtsgeschäfts;[1]) hier ist lediglich die lange Dauer der Uebung massgebend für die Erhebung zum Rechtssatze, sogenanntes „Herkommen".

Aus der bisherigen Kritik folgt, dass die Theorie der historischen Schule unhaltbar ist. Sie ist weder mit den Quellen im Einklang, noch entspricht sie dem Inhalt und Umfang ihrer allgemeinen Rechtsüberzeugung nach den Thatsachen des Lebens.

b. Die organische Entwicklung des Rechts entspricht nicht den Thatsachen.

§ 11.

Wo der Grundfehler dieser Lehre zu suchen ist, hatte schon Vangerow[2]) gezeigt, als er für eine höhere Bedeutung der Uebung eintrat und wenigstens die „praktische" Geltung des Rechts durch sie herbeiführen liess.

Von entscheidendem Erfolg für die Aufdeckung der tief im Innern dieser Lehre versteckten Mängel waren jedoch erst die geistreichen Angriffe Jherings in seinem „Kampf ums Recht".[3])

Sie zielen dahin, die von Savigny und Puchta gänzlich ignorierte Macht des Willens, den völlig verkannten Kampf der Interessen im Recht — mit anderen Worten — das Hervortreten des „bewussten Willens in der Uebung" zu der gebührenden Anerkennung zu bringen. Mit Jhering steigen wir hinunter in die wahre Werkstatt des Rechts und finden uns aus den träumerisch paradiesischen Vorstellungen der historischen Schule versetzt in die rauhe Wirklichkeit — und vor der Wirklichkeit hält das Phantasiegebilde der organischen Entwicklung nicht

[1]) cf. Baron: Pandekten § 4, b. 2.
Ob Savigny diese Sätze unter die Ausnahmen als „relativ gleichgültige Sätze" begriffen hat, ist unwahrscheinlich, da ihre Normierung doch nicht gleichgültig ist.

[2]) Vangerow: Pandekten § 14.

[3]) Jhering: Kampf ums Recht S. 7—29.

stand, es flieht immer weiter zurück, um schliesslich notdürftig in der Urzeit Unterkunft zu finden.

Während wir oben gesehen haben, dass diese Theorie der historischen Schule in ihren „einzelnen" Bestandteilen unhaltbar ist, zeigt uns Jhering, wie sehr sie als „Ganzes", als organische Entwicklung, mit der thatsächlichen Rechtsentwicklung im Widerspruch steht.

Das Wesentliche seiner Ausführungen im Kampf ums Recht ist einmal die Hervorhebung der Uebung und ihre Begründung als Entstehungserfordernis und ferner die Betonung der grösseren Bedeutung der Gesetzgebung.

Uns interessiert zunächst der erste Punkt.

Der friedliche geordnete Rechtszustand, wie ihn die organische Entwicklung bedingt, ist, so führt Jhering aus, von vornherein nicht gegeben. Er muss erst kämpfend errungen, kämpfend behauptet werden. Jeder, auch der einfachste Rechtssatz der Urzeit hat im Kampfe erstritten werden müssen, und jedes Recht fordert zu seiner Behauptung eine stete Kampfbereitschaft, sowohl des einzelnen, wie des ganzen Volkes.[1]) Der Kampf gehört zum Wesen des Rechts, er ist die „Arbeit" des Rechts und steht in dieser Hinsicht auf gleicher Stufe mit der Arbeit beim Eigentum. „Das Ganze des Rechtslebens, mit einem Blicke überschaut, vergegenwärtigt uns dasselbe Gemälde des rastlosen Ringens, Kämpfens, Arbeitens einer ganzen Nation, wie ihre Arbeit auf dem Gebiete des Eigentums. Jeder einzelne, der in die Lage kommt, sein Recht behaupten zu müssen, nimmt an dieser nationalen Arbeit seinen Anteil, trägt sein Scherflein bei zur Verwirklichung der Rechtsidee auf Erden".[2])

Eine friedliche Entwicklung von innen heraus ist höchstens denkbar für solche Sätze, „welche sich aus der gleichmässigen, autonomischen Abschliessung der Rechtsgeschäfte im Verkehr nach und nach ablagern", sowie für alle diejenigen „Abstraktionen, Consequenzen, Regeln, welche die Wissenschaft aus dem vorhandenen Recht mittelst der Dialektik des Begriffes erschliesst und zum Bewusstsein bringt."[3])

Verkehr und Wissenschaft sind aber Faktoren, von sehr beschränkter Wirkung, sie kommen nur innerhalb schon geregelter Rechtsordnung zur Geltung; die Regelung selbst herbeizuführen überschreitet ihre Macht, dazu bedarf man des Gesetzes.

Das Gesetz jedoch stösst bei der Erfüllung dieser Aufgabe

[1]) cf. Dagegen Jhering mit seiner Nachschrift: „Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts" (1894), S. 23 u. 24.
[2]) Kampf ums Recht S. 9.
[3]) Kampf ums Recht S. 13

stets auf Widerstand, denn das bestehende Recht findet stets einen Rückhalt an den mit ihm aufs engste verknüpften Interessen des einzelnen wie des ganzen Volkes.

Dieser Kampf der Interessen ist tief in der Idee des Rechts begründet. Die Idee des Rechts ist ewiges Werden. Alles Gewordene muss dem neuen Werden weichen, kein konkretes Recht hat Anspruch auf ewige Fortdauer. Dieser ewige Wechsel vollzieht sich auf Kosten mannigfacher Interessen und ruft dadurch Widerstand und Kampf hervor. — Folglich ist der Kampf im Wesen, in der Idee des Rechts begründet.

Durchaus verfehlt ist es demnach, die Entwicklung des Rechts mit der Sprache auf gleiche Stufe zu stellen. Es finden sich allerdings Punkte, die sich mit einander vergleichen lassen, so die bei beiden zweifellos existierende Einheit und Gesetzmässigkeit des Vorgangs der Entwicklung an sich. Im wesentlichen aber bestehen unvereinbare Gegensätze zwischen der „Art und Form" beider Entwicklungsprozesse. Hier ist es die stillwirkende, unbewusste, weil vom Willen kaum beeinflusste Gewohnheit, die sich aufs engste an die von der Natur gegebenen Bedingungen anschliesst und darum kaum einen Widerstand findet, — dort aber ist es der im Wesen des Rechts begründete Kampf, der den freien Entschluss, die Willkür des einzelnen wachruft und damit zahlreiche Widersacher zu überwinden hat. — Wer einen solchen Vergleich zieht, befindet sich in schroffem Widerspruch mit der rauhen Wirklichkeit.

Als Theorie ist diese Ansicht, wie Jhering treffend sagt,[1]) falsch aber ungefährlich, als politische Maxime aber wird sie von weittragender, verhängnisvoller Bedeutung, denn „sie vertröstet den Menschen auf einem Gebiete, wo er handeln soll und mit vollem, klarem Bewusstsein des Zweckes und mit Aufbietung aller seiner Kräfte handeln soll, darauf, dass die Dinge sich von selber machen, dass er am besten thue, die Hände in den Schoss zu legen und vertrauensvoll abzuwarten, was aus dem Urquell des Rechts: der nationalen Rechtsüberzeugung nach und nach ans Tageslicht trete. Daher die Abneigung Savignys und aller seiner Jünger gegen das Einschreiten der Gesetzgebung, daher das gänzliche Verkennen der wahren Bedeutung der Gewohnheit in der Puchta'schen Theorie des Gewohnheitsrechts."

Jhering geht nicht zu weit, wenn er mit Rücksicht auf diese Theorie der Rechtsentwicklung, der historischen Schule ihr Charakteristikum „historisch" bestreitet und es durch „romantisch" ersetzen möchte. Es ist in der That eine durchaus

[1]) Kampf ums Recht: S. 17.

verfehlte romantische Idee, die Vergangenheit idealisieren zu wollen, anstatt von der laut genug redenden Gegenwart auf die Vergangenheit zu schliessen — und erst recht muss diese Idee romantisch erscheinen, wenn Sie von einer Schule ausgeht, die sich die „historische" Rechtsbetrachtung zum Princip gesetzt hat, gleichwohl aber über ihren Ideen die Geschichte aus den Augen verliert.

§ 12.

Verdienste dieser Theorie Jherings.

Die geistreiche Polemik Jherings ist nicht ganz ohne Bedenken. Ihr grosses und bei weitem alle Mängel überwiegendes Verdienst ist es, die Rechtsentwicklung im Einklang mit den Thatsachen der Vergangenheit und Gegenwart, mithin „historisch" erklärt zu haben. Dadurch ist in der That eine grosse „Unterlassungssünde" wieder gut gemacht worden.

Wie heute die Mehrzahl der Gesetze vor ihrem Inkrafttreten Gegenstand mehr oder weniger heftiger Parteikämpfe ist, wie noch heute der Kampf der Interessen den willensfreien Menschen zum Handeln bewegt, und sich die verschiedenartigen Interessen aus Rücksichten der Zweckmässigkeit, Nützlichkeit u. s. w. allmälich zu einer gleichmässigen Uebung zusammenfinden, diese sodann zur Ueberzeugung der Handelnden und damit zum Gewohnheitsrecht führt — so findet es ein aufmerksamer Beobachter der Geschichte auch in der Vergangenheit und nicht anders wird es in der Zukunft sein. Nur die Geschichte vornehm ignorierende Phantasie gelangt zu anderen Resultaten, das nüchterne Leben spiegelt sich in Jherings Theorie wieder. Ein von vornherein in der allgemeinen Rechtsüberzeugung existierendes Recht, das in der Uebung nur zur Erscheinung gelangt, ist ein Unding, es lässt die wichtigsten Faktoren der Rechtsbildung den Kampf der Interessen und den freien Willen des handelnden Menschen unberücksichtigt. Jhering hat nachgewiesen, dass das Leben die Uebung zum nothwendigen Entstehungserfordernis des Gewohnheitsrechts erhebt.

Die Rechtsüberzeugung im Sinne Savigny-Puchta's war bisher als in sich selbst unhaltbar nachgewiesen, jetzt wird ihr die Uebung als Entstehungserfordernis des Gewohnheitsrechts entgegengesetzt. Der Standpunkt der historischen Schule ist somit hinsichtlich der „Entstehung" des Gewohnheitsrechts in allem Wesentlichen klar gelegt und als unhaltbar nachgewiesen.

Die historische Schule ist, wie Schwanert ausgezeichnet charakterisiert,[1]) „historisch nur insofern, als sie entgegen der früher herrschenden Annahme, dass das Recht teils einfach aus

[1]) Schwanert a. a. S. 12.

der Vernunft sich konstruieren lasse, anderseits aber ein Produkt der reinen Willkür sei, das Recht als eine organische Entwicklung des Lebens im Volke einer Nation darstellte, aber sie ging zu weit, indem sie dieses Leben, wie ein animalisch wachsendes, wie ein traumartig fortschreitendes, wie ein in naiver Unbewusstheit dahin wandelndes ansah und den bewussten Willen, ja selbst die Willkür und den Kampf der Interessen ignorierte. Sie denkt das Leben des Volks, ja der ganzen Menschheit, wie einen auf ebenem Boden dahingleitenden, stillen Fluss, während in der That, soweit unsere geschichtliche Kenntnis reicht, das Völkerleben eher dem tosenden Bergstrom zu vergleichen ist, welcher über Felsen und Blöcke ungestüm dahinbraust, überall zerstörend und zugleich neue Formen bildend."

§ 13.

Mängel der Theorie Jherings.

Die Bedenken die mir gegen die Polemik Jherings aufgetaucht sind, richten sich zum teil gegen die Darstellung, zum teil gegen den Inhalt.

Der „Kampf ums Recht" trägt deutlich das Charakteristische des Vortrags an sich, nämlich das Fehlen der eingehenden wissenschaftlichen Beweisführung über die aufgestellten Behauptungen. Allerdings macht sich nicht überall dieser Mangel fühlbar, da einerseits unbestreitbare Thatsachen der Gegenwart für Jhering reden, anderseits er sich für die Vergangenheit mit vollstem Recht auf die Geschichte berufen kann — jedoch einige im Eifer der rhetorischen Darstellung aufgestellte Behauptungen können diese Unterstützung der Gegenwart und Geschichte nicht für sich beanspruchen, sie sind unbewiesen, zum teil sogar unbeweisbar.

Das letztere betrifft besonders den Satz: „Alles Recht in der Welt ist erstritten worden, jeder Rechtssatz, der da gilt, hat erst denen, die sich ihm widersetzten, abgerungen werden müssen" — insofern Jhering diesen Satz auch für die Urzeit gelten lässt. Er kleidet ihn allerdings, soweit er von der Urzeit spricht, vorsichtig in eine unschuldige Vermutung, behauptet aber, für seine Ansicht spräche die Analogie der sichtbaren historischen Entwicklung des Rechts und eine grössere psychologische Wahrscheinlichkeit.[1])

Die Frage nach der Entstehung des Rechts in der Urzeit ist eine prähistorische und also keine juristische mehr, denn sie führt auf das für den Juristen transcendente Gebiet der völker-

[1]) Kampf ums Recht. S. 19.
cf. auch Jhering: Entwicklungsgeschichte des röm. Rechts S. 14.

psychologischen Spekulation. Wenn man aber zu der Ansicht Jherings Stellung nehmen will, so glaube ich für die Urzeit zu gunsten der organischen Entwicklung des Rechts entscheiden zu müssen. In einfachen psychologischen Erwägungen finde ich einige unterstützende Gründe.

Die Urzeit charakterisiert sich durch ihre allereinfachsten Verhältnisse. Das Volk lebt als eine einheitliche kaum in sich nach anderen als natürlichen Verhältnissen gegliederte Masse, die die Trägerin des Volksbewusstseins ist. Das Bewusstsein des einzelnen ist im wesentlichen an dieses Volksbewusstsein gekettet und hat sich noch nicht zu eigener Selbsständigkeit herausgebildet. Die subjective Reflexion steckt noch im Keim und das Denken ist noch abhängig von sinnlichen Anschauung. Recht, Religion und Sitte leben noch ungeschieden von einander im Gefühl, und dieses Gefühl an sich wesentlich abhängig von der Befriedigung der Bedürfnisse und der Sinne, bestimmt die Entwicklung des Rechts. Das so entstehende Recht ist durchaus das Produkt des Volksgeistes. Von der allgemeinen Rechtsüberzeugung im Sinne der historischen Schule kann aber auch hier nicht die Rede sein, was vor dem Recht existiert ist lediglich ein mehr oder weniger unbewusstes Rechtsgefühl.

Einen Kampf der Interessen kennt die Urzeit noch nicht, denn dem freien Willen des einzelnen fehlt zum selbstständigen Handeln die erforderliche Energie, und es fehlt auch die reale Grundlage. In der Urzeit ist alles in Ueberfluss vorhanden. Es kann dem einen gleichgültig sein, ob der andere diese oder jene zahlreich sich vorfindende Sache für sich beansprucht, und folglich entsteht Eigentum und der Begriff „Eigentum“ ohne Kampf. — Noch weniger ist ein Kampf denkbar bei der Entwicklung der familienrechtlichen Verhältnisse. Dass die Frau dem Manne, das Kind dem Vater untergeordnet ist, dass die Kinder als die Nächststehenden die Eltern beerben, ergibt sich völlig friedlich aus der Natur der Verhältnisse.

Sobald aber mit der steigenden Cultur die Reflexion sich freimacht von der sinnlichen Anschauung, und infolge des wirthschaftlichen Aufschwungs die ursprünglich einfachen Verhältnisse sich complicierter und künstlicher gestalten, sobald mit dem grösseren Vermögen und der grösseren Bildung einzelner der Klassenunterschied im Volke gegeben ist, ist auch für den Kampf der Interessen die geistige und reale Grundlage geschaffen. Der Willensfactor greift nun ein in die Rechtsbildung und findet sein Objeckt an den verschiedenartigen Interessen der einzelnen.

Noch vermag in versöhnender gleichmässiger Uebung der ganze Prozess der Rechtsentwicklung vor sich zu gehen, bald aber reift die Zeit für das Auftreten des Gesetzgebers. Der

Kampf ums Recht hat begonnen, um aller vernünftigen Berechnung nach nie wieder zu enden.

Einen zweiten bedenklichen Punkt finde ich in der etwas geringschätzigen Beurteilung, die Jhering dem Verkehr und der Wissenschaft als Faktoren der Rechtsbildung neben dem Gesetz zu teil werden lässt. Er schreibt nur dem Gesetz die Kraft zu, das Recht in neue Bahnen zu leiten und führt demnach alle eingreifenden Reformen des Prozesses und auch des materiellen Rechts auf das Gesetz zurück.[1]) Hiergegen spricht deutlich die eingreifendste Reform auf dem Gebiete des materiellen Rechts, die Reception des römischen Rechts, die ihre Einführung lediglich der Wissenschaft und dem Verkehr, d. i. dem durch die Praxis der Juristen hervorgerufenen Gewohnheitsrecht verdankt.

Hervorzuheben ist jedoch der Umstand, dass die Theorie Jherings den innigen Zusammenhang zwischen Volk und Recht weit besser zu begründen vermag, als dies selbst der organischen Rechtsentwicklung gelingt. Jhering kann wiederum Geschichte und Gegenwart für sich reden lassen. Ein Volk, welches sein Recht in schweren Kämpfen errungen hat und seinen geordneten Rechtszustand nur um den Preis der Aufbietung nationaler Kraft und politischer Tüchtigkeit zu behaupten vermag, wird um seiner Opfer willen mit grösserer Liebe seinem Recht anhängen, als ein Volk, dem die allgemeine nationale Rechtsüberzeugung das Recht mühelos in den Schoss würfe.

§ 14.

Jherings Theorie aus seinem Nachlass.

Die erst kürzlich (1894) erschienene Nachlassschrift Jherings: „Entwicklungs-Geschichte des römischen Rechts“,[2]) enthält wesentliche Modificationen seiner bisher dargestellten Ansicht über die Entwicklung des Gewohnheitsrechts. Aus ihr geht hervor, wie Jhering zuletzt darüber dachte.

Die Schrift enthält wieder eine geistreiche Polemik gegen die „Emanationstheorie der historischen Schule.“ Mir wollte aber auch hier wiederum scheinen, als ob Jhering im Eifer der Polemik nur seine Behauptungen im glänzendsten Licht sieht und die seiner Gegner unterschätzt. Ich kann mich des Gedankens nicht verschliessen, dass die Selbstkritik, die er in seinem „Scherz und Ernst in der Jurisprudenz“[3]) an sich übt: „Ich habe die Gewohnheit, wo es gilt, den verschiedenen Seiten eines und desselben Instituts gerecht zu werden, mich in

[1]) Kampf ums Recht S. 13.
[2]) Aus dem Nachlass herausgegeben von Ehrenberg.
[3]) Scherz und Ernst. S. 187.

diejenige, welche ich augenblicklich behandle, mit voller absichtlicher und bewusster Einseitigkeit hineinzudenken, ich möchte sagen, mich in sie zu verlieben, gleich als sei sie die einzige, die in betracht kommt. Bei der folgenden, die an die Reihe kommt, mache ich es ebenso, die vorhergehende ist dann völlig vergessen" — doch nicht lediglich als ein Scherz über sich selbst, sondern als eine nicht ganz unberechtigte Selbsterkenntnis angesehen werden darf.

In seiner neuen Auffassung der Rechtsentwicklung tritt Jhering als entschiedener Verteidiger des Zweckmomentes im Recht auf. Mit seinen früheren Anschauungen, wie sie im „Geist des römischen Rechts" und im „Kampf ums Recht" niedergelegt sind, hat er zum teil gebrochen.

Im „Kampf ums Recht" ist ihm noch das Rechtsgefühl der psychologische Urquell alles Rechts,[1]) kämpft das „ganze" Volk ums Recht, nach seiner neuen Auffassung folgt das Rechtsgefühl dem Recht als Schatten nach, kämpfen nur mehr einzelne um das Recht.

An die Spitze seiner neuen Theorie stellt er den paradoxen Satz: „Nicht das Rechtsgefühl hat das Recht, sondern das Recht hat das Rechtsgefühl erzeugt."[2])

Er begründet ihn damit, dass die Natur dem Menschen keineswegs die Rechtsgrundsätze eingepflanzt habe, sondern ihm nur ein nie völlig zu befriedigendes Bedürfnis und den Verstand, diesem Bedürfnis nach Kräften mit den geeigneten Mitteln abzuhelfen, mitgegeben habe — also zielbewusstes Streben nach Befriedigung der quälenden Bedürfnisse, mit anderen Worten, der Zweck der Sicherung ruft das Recht hervor. „Das Recht ist zuerst da, die Not nennt sich seine Mutter; erst von ihm hat das Rechtsgefühl den ganzen Inhalt bezogen, den es fälschlich als angeborenen, als ureignen ausgibt."[3]) — Von „aussen" nimmt der Mensch seine sittlichen und rechtlichen Grundsätze in sich auf, sie werden ihm aber so ganz zu eigen, dass er sich der unfreiwilligen Täuschung hingibt, sie seien ihm angeboren.

Für die Gegenwart und Vergangenheit glaubt Jhering mit gegenwärtigen, bez. geschichtlichen Thatsachen seine Behauptungen beweisen zu können. Vom historischen Recht schliesst er sodann auf das prachistorische, denn: „der blosse Umstand, dass wir ein „Machen" nicht nachweisen können (für die Urzeit), berechtigt uns noch nicht, ein „Werden" anzunehmen."[4])

[1]) Kampf ums Recht: S. 46.
[2]) Entwicklungsgeschichte: S. 16.
[3]) Entwicklungsgeschichte S. 17.
[4]) a. a. O S. 14.

Er geht noch weiter, Rechtsgefühl, so führt er aus, wird gewöhnlich im Sinne des Rechtsgefühls des Volkes verstanden und damit wird „vieles zugedeckt, was gar nicht auf Rechnung des Volkes, sondern einzelner hervorragender Geister zu setzen ist.“ An dem Kampf ums Recht nimmt nicht das ganze Volk teil, „er spielt sich ab auf den Höhen der Wissenschaft und der Litteratur“ zwischen den einzelnen erleuchteten Geister, und seine Früchte gehen über in das Rechtsgefühl des Volkes. Einzelne erleuchtete Geister sind die „Pfadfinder“ des Rechts, sie denken und arbeiten für die Masse, und hinterher folgt die Masse im dunkeln Drange der opinio necessitatis nach.

Diesen Ausführungen gegenüber kann zunächst wirksam entgegen gehalten werden, dass es in der „Urzeit“ keine erleuchteten Geister, keine zielbewusst vorarbeitenden Pfadfinder gibt, denn der individuelle Wille, die bewusste Reflexion der einzelnen hat sich noch nicht losgelöst von dem Willen der gesammten Masse. Allerdings steht hier Behauptung gegen Behauptung, aber vom völkerpsychologischen Standpunkt aus ist nur die Theorie Savignys gerechtfertigt. Die Analogie der historischen Rechtsentwicklung kann nicht für eine Zeit verwertet werden, wo im Volke alle psychischen und geistigen Funktionen noch ungeschieden von einander im Keime stecken, wo überhaupt nicht ein einziger Anhaltspunkt für einen solchen Vergleich gegeben ist. Hier vermag nur psychologische Spekulation von ganz allgemeinen Sätzen ausgehend ein einigermassen befriedigendes Resultat zu erzielen.

Dass wir uns einer Täuschung hingeben, wenn wir das Rechtsgefühl als etwas uns Angeborenes ansehen, hat Jhering mit dieser kurzen Darstellung nicht bewiesen. Ob es uns ins Herz eingepflanzt ist von einer höheren Macht, ist schliesslich keine juristische Frage mehr. Ob aber nicht die Möglichkeit vorliegt, dass es „uns“ angeboren d. h. vererbt ist von unseren Vorfahren, in denen es sich unter gewissen Umständen gebildet hat, und zwar „vor“ dem Recht, das ist eine Frage, die ich unten contra Zitelmann zu beantworten haben werde, und deren Beantwortung gleichzeitig als ein Versuch des Gegenbeweises gegen die Behauptung Jherings gelten soll.

Die Masse folge zwar dem dunklen Drang der opinio necessitatis, aber die Pfadfinder seien nicht von diesem Gefühl beseelt gewesen, sie seien lediglich ihrer Vernunft gefolgt und richteten ihr Handeln auf ein klar vor ihnen liegendes Ziel. — Dass die einzelnen zuerst Uebenden bei ihrem Handeln oft denken, will ich nicht bestreiten, dass sie aber in der bewussten Absicht handelten, einen Rechtssatz zu schaffen, ist eine den Thatsachen widersprechende Behauptung. Meist sind

es von einem unbewussten Rechtsgefühl geleitete Erwägungen praktischen Inhalts, die den Anstoss zur Uebung geben, und über das Praktische und Angemessensein der ersten Handlungen selbst, geht das denken nicht hinaus. Erst allmälich geht mit der wachsenden Zahl und der längeren Dauer der Uebungen das Rechtsgefühl in Ueberzeugung über und damit ist der Satz auch schon zum Rechtssatz geworden.

c. Das Gesetz ist nicht „sekundäre" Rechtsquelle.

§ 15.

Worauf beruht die Abneigung gegen das Gesetz.

In der ausschliesslichen Betonung des nationalen Charakters alles Rechts und in der fehlerhaften Auffassung der allgemeinen Rechtsüberzeugung, verbunden mit der Unterschätzung der Uebung sahen wir die eine zu rügende Einseitigkeit der Theorie der historischen Schule.

Als Folgerung aus jenem ersten Fehler ist jetzt ein zweiter in seiner praktischen Bedeutung ungleich verhängnisvollerer zu behandeln, die Auffassung der Gesetzgebung als sekundäre Rechtsquelle.

Mit der Vergötterung des Gewohnheitsrechts musste die Unterschätzung der Gesetzgebung Hand in Hand gehen. Genauer betrachtet beruht der Grund der Abneigung darauf, dass die historische Schule konsequent ihrer Lehre das Recht nicht als Ausfluss des Willens des einzelnen Gesetzgebers auffassen kann, weil sie dessen Willen, wie überhaupt den Willen des einzelnen wiederum nur als Ausfluss des Volksgeistes betrachtet — umgekehrt folgt daraus der Grund für die einseitige Betonung des Gewohnheitsrechts als Hauptrechtsquelle.

An Beispielen aus der Geschichte und Gegenwart wurde oben zur genüge gezeigt, dass der vom Gesetzgeber dem einzelnen Gesetze gegebene Inhalt unmöglich stets ein Ausfluss des Volksgeistes sein kann; der Gesetzgeber handelt vielmehr nach eigenem Willen, wird jedoch vernünftigerweise den Volkswillen berücksichtigen.

§ 16.

Diese Abneigung lässt ein wichtiges Rechtsentwicklungsmoment verkennen.

Wieder ist es Jhering, der die Folgen dieser zweiten Einseitigkeit scharf hervorhebt. In seinem „Geist des römischen Rechts" macht er der historischen Schule den Vorwurf, dass sie in Ueberschätzung der „naturwüchsigen Bildung des Ge-

wohnheitsrechts den ungeheuren Fortschritt ignoriere, den das Recht durch seinen Uebergang von dem Gewohnheitsrecht zum gesetzlichen Recht gemacht hat."[1])

Er zeigt, dass der primitive Zustand des Rechts, wie ihn das Gewohnheitsrecht sich ausmalt, zwar etwas sehr Verführerisches hat, aber der nüchternen Kritik gegenüber nicht stand zu halten vermag. Einheit und Harmonie der Entstehung des Rechts, seiner Anwendung und Fortbildung, wie sie sich in der natürlichen und geistigen Verwandtschaft der einzelnen Volksglieder und damit in der allgemeinen Rechtsüberzeugung begründen sollen, müssen sich bei näherer Betrachtung auflösen in das gerade Gegenteil, denn „der Fortschritt des Rechts besteht in der Zerstörung jenes natürlichen Zusammenhanges, in unausgesetzter Trennung und Isolierung."[2])

Die Sitte, in der Gewohnheitsrecht zur Anwendung gelangt, muss in dem primitiven Zustand der Volksentwicklung gleichzeitig Ausdruck der sittlichen Anschauung und der rechtlichen Ueberzeugung sein,[3]) denn beide sind äusserlich nicht zu unterscheiden, und die innerliche Unterscheidung, d. h. die klare Fassung des Gegensatzes der rechtlichen und bloss moralischen Verpflichtung ist für jene Zeiten eine Unmöglichkeit, ja selbst heute dem Volke oft nicht möglich. Die Folge davon ist ein Zustand der Identität des Rechts und der Moral, ein Zustand höchster Unselbstständigkeit des Rechts. Vor allem fehlt einem solchen Recht die Gerechtigkeit: diese nicht bloss im Einzelfalle anzuwenden, sondern ins Recht selbst hineinzutragen, wird sich bald als dringendes Bedürfnis herausstellen. Dazu aber ist das einzige Mittel das „Gesetz", denn „das Gesetz ist der Akt, wodurch das Recht aus dem Zustand der Naivetät heraustritt und in offizieller Weise zum Selbstbewusstsein gelangt."[4])

Erst dadurch, dass das Recht sich von dem Nationalgefühl los macht, wird es selbstständig, und diese Selbstständigkeit, Festigkeit und Bestimmtheit bilden einen bedeutenden Fortschritt des Rechts gegenüber der nun durch das Gesetz zerstörten Einheit, Harmonie und Fähigkeit, sich jedem Verhältnisse anzupassen.

Diesen Fortschritt ignoriert die Theorie der historischen Schule gänzlich, weil sie nur für die Vorzüge, nicht auch für die Mängel des Gewohnheitsrechts ein offenes Auge hat.

---

[1]) Geist des röm. Rechts: B II, S. 31, § 25.
[2]) Geist des röm Rechts: B. II, S. 31, § 25.
[3]) cf. Dagegen Entwicklungsgeschichte S. 16 Anmerkung.
[4]) Jhering a. a. O. S. 35 § 25.

§ 17.

Auf dieser Abneigung beruht ein Verkennen der gegenwärtigen Verhältnisse.

Weit verhängnisvoller als das Verkennen jenes Entwicklungsmomentes ist die Consequenz, die sich aus dieser Abneigung für das praktische Leben ergibt und die sich leider auch hat verwirklichen sollen — die Verkennung des Umstandes, dass die Gesetzgebung gegenwärtig die thatsächlich bedeutendere Rechtsquelle ist und sein muss.

Das Gesetz ist die „bewusste Aufstellung von Rechtsnormen in einem bestimmten Zeitmoment."[1]) Fassen wir das Gesetz in diesem Sinne auf, so fällt einerseits die oben erwähnte gekünstelte, für Savigny und Puchta unentbehrliche Fiktion bezüglich dieser Rechtsquelle fort, und anderseits erhält das Gesetz eine den Thatsachen entsprechende Stellung neben und unabhängig vom Gewohnheitsrecht.

Ein Vergleich zwischen beiden Rechtsquellen kann nun ohne Vorurteil gezogen werden.

Das Gewohnheitsrecht hat den Vorteil vor dem Gesetz, dass es stets der im Verkehr bewährte Ausdruck des Volksbewusstseins und zudem eine Erbschaft von unseren Vorfahren ist — demgegenüber kann das Gesetz oft dem Volksbewusstsein widersprechen. — Das Gesetz bietet einerseits als jus scriptum den Vorteil grösserer Sicherheit gegenüber dem der Regel nach als jus non scriptum existierenden Gewohnheitsrecht.

Diese aus ihnen selbst hervorgehenden Umstände sprechen jedoch nicht das entscheidende Wort für die grössere Bedeutung dieser oder jener Rechtsquelle, sondern erst die ausserhalb liegenden Zeitumstände.

Gewohnheitsrecht bedingt zu seiner Entstehung einfache, leicht übersehbare Verhältnisse und wird in den ersten Perioden der Volksentwicklung die einzige Rechtsquelle sein. Mit der steigenden Cultur und der Verwicklung der Verhältnisse tritt der Gesetzgeber auf, anfangs nur als Wächter und Beschützer des Rechts. Das Gewohnheitsrecht behauptet seinen Einfluss als Hauptrechtsquelle noch eine Zeit lang, eine fernere Zeit steht es dann dem Gesetz ebenbürtig gegenüber, endlich aber tritt es die Leitung der Rechtsentwicklung fast ganz an dieses ab.

Einen interessanten Beleg für diesen Entwicklungsgang gibt das römische Recht. Zur Zeit der ersten Lebensperiode des römischen Staates musste Gewohnheitsrecht die alleinige Rechtsquelle sein. Schon in der Königszeit treten daneben die leges regiae auf. In der Republik gewinnt die Gesetzgebung

[1]) Baron: Pandekten § 5, 2.

mit jedem Jahrhundert an Einfluss. Gegen Ende der Republik und zu Beginn der Kaiserzeit behauptet das Gesetz den Vorrang und zu Constantins Zeiten hat Gewohnheitsrecht gänzlich untergeordnete Bedeutung.

Constantins Zeit brachte grosse politische und sociale Umwälzungen, vor allem auch einen bis heute noch nicht genügend erklärten Wendepunkt im Recht mit sich.[1]) In solchen Zeiten, die stets den Beginn neuerer Entwicklungsperioden im Leben bedeuten, ist ein geordneter Rechtszustand nur im Wege einer sich den neuen Verhältnissen schnell anpassenden und sie zielbewusst in neue Bahnen führenden Gesetzgebung zu erreichen. Gewohnheitsrecht könnte hier nur nach langen Kämpfen zu einem Resultat führen.

Ein flüchtiger Blick lehrt, dass unsere Gegenwart der Constantinischen Zeit in mancher Hinsicht zu vergleichen ist. Mit grossen politischen und socialen Umwälzungen hat unser Jahrhundert begonnen, heute stehen wir wieder unter dem Zeichen der drohenden Gefahr. Die Ansichten über sociale, politische und rechtliche Fragen gehen auch heute soweit auseinander, dass die für die Bildung des Gewohnheitsrechts erforderliche Grundlage der Gleichheit der Interessen und die nur darauf fussende schaffende Einsicht des Volkes unmöglich geworden sind. Nur noch in engbegrenzten Kreisen innerhalb des Volkes, für partikuläre Verhältnisse, Orts- und Handelsgebräuche wird heute Bildung von Gewohnheitsrecht vor sich gehen, denn nur dort sind die Bedingungen dafür gegeben. Eine Ausnahme bilden die nun zum Gesetz erhobenen Schulze-Delitz'schen Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, die dem ganzen Handelsstand und Handwerkerstand, einem immerhin bedeutenden Volksteile, entsprossen sind. Im übrigen wird sowohl im Interesse unserer deutschen Reichseinheit, als auch im Interesse der Erhaltung unseres geordneten Rechtszustandes eine umfassende Gesetzgebung heute allein möglich und auch allein förderlich sein.

Würden die Vertreter der historischen Schule, die zu Anfang dieses Jahrhunderts den grössten Einfluss auf die juristische Wissenschaft und mittelbar auch auf die Praxis ausübten, von ihrem Standpunkt aus nicht allzu sehr gegen die Gesetzgebung geeifert haben, würden sie die vernünftigen Vorschläge Thibauts eingehend geprüft und dabei Geschichte und Gegenwart zu Rate gezogen haben — der deutsche Jurist wäre

[1]) Mit einem Male war die bis dahin in vollster Blüte stehende Rechtswissenschaft und mit ihr der juristische Geist der klassischen Zeit verschwunden. — Bringt man dies mit der damaligen religiösen Bewegung in Verbindung, so lautet eine befriedigende Erklärung: Das erstarkende Christentum zog alle grossen Geister herüber zur Theologie.

dann nicht nur notdürftig gesetzgeberisch ausgebildet worden, und um unserige heutige Gesetzgebung, vor allem um unser bürgerliches Gesetzbuch stünde es schon längst weit besser. Aber Savigny hat selbst als Justizminister für die Bedürfnisse des praktischen Lebens kein Auge gehabt, er vermied grundsätzlich neue Wege einzuschlagen und blieb bei der hergebrachten „Revision". Er hat infolgedessen in diesem Wirkungskreis keine Erfolge erzielt. Insoweit ist die Theorie der historischen Schule für unser praktisches Leben von schädigendem Einfluss gewesen.

Zu der Anerkennung der grösseren Bedeutung der Gesetzgebung verstehen sich noch nicht alle neueren Juristen. Unbedingt stehen auf der Seite des Gesetzes: Jhering[1]), Baron[2]), Zitelmann[3]), Dernburg[4]), Schwanert[5]); in letzter Zeit auch Windscheid.[6])

d. Puchta's Juristenrecht ist unhaltbar.

§ 18.

Begründung.

Die dritte Rechtsquelle in der Theorie der historischen Schule hat von Puchta eine besondere Gestaltung erhalten. Puchta versteht unter Juristenrecht „im eigentlichen Sinne" dasjenige von den Juristen eingeführte Recht, das auf rein wissenschaftlichem Wege durch juristische Consequenz und Analogie gewonnen und auf besondere innere Gründe gestützt wird.

Sofern hingegen das von den Juristen eingeführte Recht unmittelbar auf der nationalen Rechtsüberzeugung der Juristen beruht, fällt es unter den Begriff Juristenrecht im allgemeinen.

Der Juristenstand wird auf natürlichem Wege infolge der Fortentwickelung und Zersplitterung der Verhältnisse und des damit verbundenen Schwindens des Rechts aus dem Bewusstsein „aller" Volksglieder zum Repräsentanten des „ganzen" Volkes berufen. Seine Ueberzeugung erlangt dieselbe Bedeutung, wie die allgemeine Rechtsüberzeugung des Volkes. Aber „nicht insofern die Juristen wissenschaftliche Ansichten aufstellen und begründen, repräsentieren sie ihre Nation,

[1]) Kampf ums Recht S. 7—21. Geist des röm Rechts B. II § 25.
[2]) Baron Pandekten § 4.
[3]) Archiv für civilist Praxis B. 66. S. 435.
[4]) Pandekten § 26.
[5]) a. a. O. S. 25.
[6]) Pandekten § 15.

sondern insofern ihr Beruf sie überhaupt mit dem Recht derselben vertraut macht und ihnen seine Kenntnis in einem vorzüglichen Grade zuwendet."[1])

Demnach beruht das „eigentliche" Juristenrecht Puchta's, dessen Quelle die Wissenschaft ist nicht auf der unmittelbaren Volksüberzeugung. Die Wissenschaft ist kein unmittelbares Produkt des Volksgeistes, denn der Mensch hat wissenschaftliche Ueberzeugungen nur als einzelnes Individuum, nicht als Glied eines ganzen Volkes. Gleichwohl hat die Rechtswissenschaft einen nationalen Gegenstand, und sofern sie diesen auch als nationalen behandelt d. h. insofern die Juristen auch hier als Repräsentanten des Volkes im weiteren Sinne thätig sein wollen, hat diese Wissenschaft rechtserzeugende Kraft. Der tiefere Grund ist die innere Wahrheit d. h. ein Satz gilt nur, wenn er wahr ist, und wahr ist er, wenn er dem Volksgeist angemessen, national ist. Diesem Gedanken gibt Puchta Ausdruck mit den Worten: „Es ist somit ebenso wahr, dass auch von diesem Recht das Volk die ursprüngliche Quelle ist, als es anderseits entschieden ist, dass das Volk dasselbe nicht unmittelbar wie das Gewohnheitsrecht, sondern mittelbar durch jene seine Repräsentanten hervorbringt. Deshalb habe ich diesem Recht den Namen „Juristenrecht" gegeben."[2]) Seine Erkenntnisquellen sind, communis doctorum opinio und rerum judicatarum auctoritas. Seine Bedeutung ist die einer lückenergänzenden Rechtsquelle.

Dieses „eigentliche" Juristenrecht Puchta's ist keineswegs eine in den Thatsachen begründete Rechtsquelle. Allerdings ist die Wissenschaft in früheren Zeiten einmal als Rechtsquelle anerkannt gewesen,[3]) jedoch war dies lediglich ein vorübergehendes den Juristen gemachtes Zugeständnis. Niemals haben juristische Ansichten „an sich" die ihnen von Puchta beigelegte rechtserzeugende Kraft gehabt. Zumal haben heute die communis doctorum opinio und die Präjudizien nur soviel Bedeutung, als die Gründe, auf denen sie beruhen; keineswegs aber mehr als eine gewisse Autorität.

Der tiefere Grund für Sätze, „die nicht aus diesen inneren Gründen deduziert werden können, da sie vielmehr ihrer Natur nach etwas Willkürliches an sich haben"[4]) und die dennoch in der Praxis angenommen sind, ist zu suchen in der Rechtsüberzeugung der Juristen und damit unmittelbar in der „all-

[1]) Gewohnheitsrecht; Buch III S. 20.
[2]) a. a. O. Buch II S. 166.
[3]) a. a. O. Buch II S. 163 führt Puchta die zum Nachweis dieser Behauptung dienende ältere Litteratur an.
[4]) a. a. O. Buch II S. 17.

gemeinen" Rechtsüberzeugung der das Volk repräsentierenden Juristen. Hier wird echtes Gewohnheitsrecht erzeugt, und die Praxis steht als Erkenntnisquelle der Uebung gleich. Dieses sogenannte Gewohnheitsrecht der Juristen steht aber auf sehr schwacher Grundlage. Schon mit der allgemeinen von vornherein vorhandenen Rechtsüberzeugung ist es als unhaltbar nachgewiesen.

Dazu kommt ferner noch ein aus den Thatsachen erwachsender Gegengrund. Die Thatsachen, vor allem die Reception des römischen Rechts lehren, dass die Juristen keineswegs das ganze Volk repräsentieren.

Endlich ist es gänzlich verfehlt, von einem Gewohnheitsrecht der Juristen zu sprechen, denn zwischen der Entstehung des Gewohnheitsrechts und der des Rechts der Praxis bestehen wesentliche Grundverschiedenheiten. Die Aufstellung eines Rechtssatzes in den richterlichen Urteilen ist zunächst Entstehungserfordernis, wie die Uebung und nicht nur Erkenntnisquelle, wie Puchta will. Aber die „bewusste" Aufstellung eines nicht weiter geübten Satzes, kann nicht die aus einem „unbewussten" Rechtsgefühl hervorgehende Uebung von längerer Dauer ersetzen. Von vornherein ist dennoch das Recht der Praxis nicht schon Gewohnheitsrecht, wohl kann es allmälich dazu werden, sofern eine längere ununterbrochene Anerkennung seitens aller derer, die mit ihm in Berührung kommen hinzutritt. Sein tieferer Grund ist nicht der des Gewohnheitsrechts, sondern der Umstand, dass der fortwährend mit dem Recht beschäftigte Jurist einerseits ein sehr entwickeltes Rechtsbewusstsein erlangt, anderseits vermöge seiner Stellung als Richter auch die thatsächliche Macht besitzt, seine Ueberzeugungen, mögen sie mit den allgemeinen Rechtsüberzeugungen harmonieren oder nicht, in seinen Urteilen zum Ausdruck zu bringen.

Eine grosse Bedeutung hat auch diese Rechtsquelle in anbetracht unserer umfassenden Gesetzgebung heute nicht mehr.

e. Die Irrtumsfrage.

§ 19.

Ihre Lösung.

Der viel umstrittene Satz des Celsus: Quod non ratione introductum sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet,[1]) legt Puchta im Sinne seiner

[1]) l. 39. D. de. legibus I 3.

Theorie dahin aus, dass Irrtum das Gewohnheitsrecht ausschliesse.

Er argumentirt: „Die consuetudo muss sich auf eine gemeinsame Ueberzeugung gründen. Wo ihr ein Irrtum zu Grunde liegt, sodass eine wahrhafte Ueberzeugung, welche die Quelle des Rechtssatzes wäre, nicht vorhanden ist, da ist auch die consuetudo nicht Organ des Rechtssatzes“[1]) — oder an einer anderen Stelle: „Eine Gewohnheit, die durch eine auf einer irrigen Meinung von der Existenz! eines Rechtssatzes beruhenden Handlung gebildet wird, wird alle Autorität entbehren, die ihr eben nur unter der Voraussetzung eines sie erzeugenden Rechtssatzes zukommen würde.[2]) Ratio glaubt er durch den Zusatz error speziell erklärt und legt nun die Stelle so aus, dass der Mangel der ratio d. h. das Vorhandensein des error der Grund sei, der die allgemeine Rechtsüberzeugung ausschliesse.

Der Irrtum lässt demnach den Rechtssatz gar nicht zur Existenz kommen, denn den Schlusssatz, in aliis similibus non obtinet erklärt Puchta dahin, dass nicht nur keine analoge, sondern überhaupt keine Anwendung mehr geschehen könne, dass also mit dem Erkennen des Irrtums die consuetudo abgeschnitten sein soll.[3])

Consequent seiner Theorie kommt er also zu dem Resultat, dass die allgemeine Rechtsüberzeugung, da sie dahin geht, ein Satz sei durch seinen eigenen Wert und Inhalt Recht „niemals“ unrichtig sein kann, denn sobald sie entsteht existiert der Satz auch schon als Recht. Liegt aber der Gewohnheit ein Irrtum über diese Ueberzeugung zu grunde, so kommt die Ueberzeugung nicht zur Existenz und die Gewohnheit hat als Erkenntnisquelle keine Bedeutung.

Diese Auslegung krankt an dem Fehler, die Quelle mit der vorgefassten Meinung in Einklang zu bringen und ist mit dieser als falsch nachgewiesenen Theorie zugleich wiederlegt.

Ferner kann Puchta den Ausdruck non ratione nicht recht unterbringen, er ist durch das nachfolgende „error“ überflüssig gemacht.

Ratio ist hier ebenso zu erklären wie in der l. 2 C. quae sit longa VIII 52. Dort hat es seine eigentliche Bedeutung, Rechtsprincip, Rechtsidee. Von der consuetudo wird gesagt, non adeo est valitura, ut rationem vincat, d. h. die consuetudo kann nicht die Rechtsidee beseitigen, sie muss mit derselben übereinstimmen, widrigenfalls sie eine consuetudo contra rationem, non rationabilis, d. h. ein Miss-Brauch ist.

---

[1]) a. a. O. Buch III S. 67. cf. Buch I S. 101. a. a. O.
[2]) a. a. O. Buch I S. 101.
[3]) a. a. O. Buch III S. 67.

Demnach lautet die richtige Auslegung der l. 39 cit.: Irrationables Gewohnheitsrecht, wenn es auch nur in einem Irrtum seine Quelle hat und nicht einmal auf „beabsichtigtem“ Missbrauch beruht, kann die Geltungskraft des Gewohnheitsrechts nicht erlangen. Die alia similia sind als gleiche d. h. als unmittelbar mit dem bisher fälschlich geübten Satz verwandte Thatbestände, nicht als analoge aufzufassen.

Seiner „Wirkung“ nach ist dieses Resultat von dem Puchta's nicht verschieden, wohl aber seiner Begründung nach. Nach der Theorie Puchta's lässt ein Irrtum die allgemeine Rechtsüberzeugung und damit den Rechtssatz selbst nicht zu stande kommen. — Sobald man jedoch in der Uebung ein Entstehungserfordernis des Gewohnheitsrechts sieht, ist eine irrtümliche Ueberzeugung der Uebenden wohl denkbar, aber zu Gewohnheitsrecht wird der Satz deshalb nicht, weil er mit der ratio nicht in Einklang steht und also ein Missbrauch ist.

f. Die Beweisfrage.

§ 20.

Ihre Lösung.

Die Beantwortung dieser Frage vom Standpunkt der Theorie der historischen Schule ist ebenfalls beeinflusst von dem Cardinalfehler, der einseitigen Ueberschätzung des Gewohnheitsrechts.

Puchta polemisiert gegen die im Mittelalter herrschende Meinung, dass der Richter nur die Gesetze von amtswegen kennen oder erforschen müsse, dass aber die Parteien, die sich auf ein nicht notorisches Gewohnheitsrecht beriefen, dieses dem Richter wie Thatsachen beweisen müssten. Er bemerkt dagegen, dass solange das Gewohnheitsrecht wirklich Recht sei, dürfe es nicht wie ein Faktum im prozessualen Sinn behandelt werden, da dies doch ein Widerspruch sei. Nun argumentiert er aber weiter, es ist die Pflicht des Richters das Recht zu kennen. Gewohnheitsrecht ist dem Gesetzesrecht gleichwertig, mithin „muss“ der Richter sich auch über das nicht notorische Gewohnheitsrecht von amtswegen Kenntnis erwerben.

Vom Standpunkt der Logik wird man gegen diesen Schluss nichts einwenden können, desto mehr aber von dem der Praxis.

Die frühere Ansicht ist allerdings unhaltbar, aber der Praxis entspricht sie doch mehr, als die vom Richter oft Unmögliches fordernde Ansicht Puchta's. In der That nähert

sich die Civil-Process-Ordnung im § 265 in etwa der früheren Meinung, indem sie mit Rücksicht darauf, dass sie es dem Richter unmöglich zur Pflicht machen könne, alles vorgebrachte Gewohnheitsrecht ex officio zu erforschen, sich dafür erklärt, dass nicht notorisches Gewohnheitsrecht des Beweises bedürfe. Sie ermächtigt den Richter, die Parteien zum Beweise heranzuziehen, ohne diese jedoch an die Grundsätze von der Beweislast zu binden. Dadurch dass sie anderseits den Richter auch ermächtigt, selbst andere als die von den Parteien beigebrachten Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen, schlägt sie zwischen den beiden oben erwähnten Ansichten den rechten, weil zweckmässigsten Mittelweg ein.

§ 21.

Rückblick.

Ueberblicken wir die in ihren Principien und wichtigsten Consequenzen dargestellte und kritisierte Theorie der historischen Schule als ein einheitliches Ganzes und vergleichen wir sie mit den Grundprincipien der Schule, so stossen wir auf einen auffallenden Widerspruch.

Die Grundlage der Theorie ist eine verfehlte und der Umstand, der diese Fehlerhaftigkeit verschuldet, ist die Abweichung vom historischen Grundprincip — der Widerspruch der historischen Schule mit sich selbst. Gerade bei der Lehre von den Rechtsquellen hätte die „historische" Methode verbunden mit vorurteilsloser Quellenforschung und nüchterner Auffassung der gegenwärtigen Zustände als der einzige Weg zum Ziel eingeschlagen werden müssen, aber gerade hier wurde sie verlassen. Dieser Abfall vom historischen Princip ist wohl erklärlich, nicht aber entschuldbar. Savigny und Puchta hatten für das Gebiet der Rechtsentstehung die römischen Quellen als unmassgebend ausser acht gelassen, hatten jedoch einen Ersatz in Gestalt einer anderweitigen bestimmt fixierten Basis nicht geschaffen. Ohne sich irgendwo auf rechtliche oder geschichtliche Quellen zu berufen, ohne auch die gegenwärtigen Verhältnisse zu Rate zu ziehen, begannen sie vielmehr damit, vermittels allgemeiner philosophischer und historischer Deduktionen sich eine Brücke zu den Quellen des Rechts zu konstruieren. „Man gelangte, wie Meier in seiner Kritik dieser Theorie sagt,[1]) von geistreichen Voraussetzungen aus, die man aber Gott weiss woher entnommen hatte, zu einer Theorie, die sich gewissermassen von selbst verstand, von der still-

[1]) Meier: Rechtsbildung in Staat und Kirche S. 9 (1861).

schweigend angenommen wurde, dass sie wesentlich gleichartig bei allen Völkern, in allen Zeiten sich finde, die überall in betracht kommen müsse, wo es nur immer um Entstehung des Rechts sich handle."

Ganz konsequent blieben aber weder Savigny noch Puchta bei der Verwerfung der Quellen. Nur sollte aus ihnen heraus nicht gebaut werden, zum Beweise der anderweit genommenen Theorie, wurden sie, wo es anging, herangezogen. Unabhängig von den Quellen wurde die Lehre aufgebaut, wurde dann aber an sie herangetragen, um wenigstens notdürftig und künstlich durch sie gestützt zu werden. Was ist das Resultat? Soll man diese auf allgemeine philosophische Deduktionen aufgebaute und künstlich mit den Quellen in Einklang gebrachte Grundlage als Rechtsquelle anerkennen, oder sind alle die auf diesem Gebiet der historischen Schule gefundenen Sätze überhaupt kein Recht? Tertium non datur!

Man wird sich unbedingt für das letztere entscheiden müssen, wenn man nicht zu der alten, längst überwundenen Naturrechtslehre und ihren dem Wesen des Rechts gerade entgegengesetzten aprioristischen Construktionen zurückkehren will. Savigny und Puchta ahnten nicht, wie sehr sie sich selbst in den von ihnen lebhaft bekämpften Fehler dieser Richtung verwickelt hatten. Auch ihre Theorie — und das ist der Grundfehler! — ist im wesentlichen a priori aus der Vernunft ihrer Begründer erwachsen.

Gewiss ist die Vernunft die Urquelle auch des Gewohnheitsrechts, aber nicht die Vernunft des einzelnen genialen Denkers, sondern die des ganzen „Volkes". Diese Vernunft des Volkes wird beeinflusst durch die Verhältnisse und Bedürfnisse, die sich aus dem Zusammenleben der Menschen ergeben. Wie die Willkür, so ist auch aprioristisches Construieren aus der reinen Vernunft heraus mit dem Wesen des Rechts unverträglich. Die Rechtssätze ergeben sich mit Notwendigkeit aus der Natur und dem Wesen der Dinge, und die Vernunft des Volkes entscheidet darüber, was den Verkehrsbedürfnissen entspricht und als Rechtssatz einzuführen ist.

Die Theorie der historischen Schule kann demnach auf Wahrheit keinen Anspruch machen. Baron nennt sie mit Recht die „spiritualistische", eine Bezeichnung die von der „historischen" Schule gebraucht, auf deren Widerspruch mit sich selbst hinzudeuten vermag.

III. Abschnitt.

Kritik der heute herrschenden Theorien.

§ 22.

Die Theorie der heutigen Vertreter der historischen Schule.

Dass sich die Theorie der historischen Schule eine allgemeine und anfangs auch bedingungslose Anerkennung verschaffte, ist leicht begreiflich. Ihre Begründer zählten zu den hervorragendsten Juristen der damaligen Zeit und waren auf ihren Gebieten anerkannte Autoritäten. Auch die mit Scharfsinn und nicht zu verkennender Consequenz aufgebaute Lehre selbst drang durch und mochte besonders durch die glänzende Darstellung bestechen, die ihr Puchta in seinem Werk gegeben hatte.

Beseler und Vangerow waren die ersten, die eine Opposition wagten. Ihnen folgten bald mit ernsteren Angriffen Keller[1]), Wächter[2]), Windscheid[3]), Regelsberger[4]).

Sie gehen alle über das, was schon Savigny der Uebung zugestanden hatte, weit hinaus und stellen die Uebung als notwendiges Entstehungserfordernis des Gewohnheitsrechts hin. Ihre Theorie begründen sie zum teil damit, dass die nicht geübte Rechtsüberzeugung als ein rein Innerliches nicht in betracht kommen könne, und die Uebung deshalb von derselben Bedeutung für das Gewohnheitsrecht sei, wie die Publikation für das Gesetzesrecht, zum teil damit, dass erst die Uebung die allgemeine Rechtsüberzeugung zu einer feststehenden äusseren Ordnung und zum wahren Ausdruck des Volksbewusstseins werden lasse. Windscheid gibt zur Begründung an: „Nicht die bloss theoretische Ueberzeugung schafft Recht, sondern nur diejenige, deren Energie gross genug ist, um bestimmend auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse einzuwirken.[5]) Einig sind

[1]) Keller: Pandekten, § 3.
[2]) Wächter: Pandekten, § 22.
[3]) Windscheid: Pandekten, § 15.
[4]) Regelsberger: Pandekten § 20.
[5]) a. a. O. § 15, Anmerkung 2.

alle darin, dass die Uebung „ohne eine gleichzeitig vorhandene Rechtsüberzeugung“ von keiner juristischen Bedeutung sei — dies ist das Band, das sie noch fest an die historische Schule knüpft.

Für und gegen diese Schriftsteller lässt sich wiederum das geltend machen, was Jhering gegen die Theorie der historischen Schule ausgeführt hat. — Für sie — insofern dadurch allein ihre Opposition gegen die Savigny-Puchta'sche Theorie wirksam unterstützt wird, denn die Gründe, die sie selbst anführen, sind viel zu allgemein und auch nicht zutreffend. — Gegen sie — insofern der Uebung eine noch grössere, vor allem selbstständigere Bedeutung gegenüber der allgemeinen Rechtsüberzeugung zukommt.

In Wirklichkeit spielt die Uebung in dieser neuen Theorie eine ebenso unbedeutende Rolle, als in der Savigny-Puchta's, weil man an der alten Rechtsüberzeugung festgehalten hat. Entscheidend für die Widerlegung ist darum auch alles das, was gegen die frühere Theorie vorgebracht ist. Speziell ist die Opposition dahin zu fassen: Ein ununterbrochen langgeübter Satz wird nicht deshalb zum Rechtssatz, weil die gleichzeitig vorhandene Rechtsüberzeugung jedem bestehenden Zustand allein auf Grund seines Bestehens die Rechtskraft verleiht, sondern vielmehr deshalb, weil der Satz seinem Inhalt nach allmälig zur Rechtsüberzeugung des Volkes geworden ist. Mithin existiert die Uebung nicht nur unabhängig von der allgemeinen Rechtsüberzeugung, sondern auch „vor“ dieser; sie ist das zunächst bedingte Entstehungserfordernis des Gewohnrechts. Vor der Uebung ist nur ein mehr oder weniger unbewusstes Rechtsgefühl von der Angemessenheit des Satzes vorhanden.

Damit ist, auch diese dem Charkter nach noch „spiritualistische“ Theorie als unhaltbar nachgewiesen.

§. 23.

Die Uebungstheorie.

Viel weiter als die eben erwähnten gehen andere Schriftsteller, indem sie die Uebung zum „alleinigen“ Entstehungserfordernis erheben und die allgemeine Rechtsüberzeugung gänzlich verwerfen.

Als Vorläufer der jetzigen Vertreter dieser Theorie kann Beseler angesehen werden, der zwar noch mit Vorbehalt, aber dennoch ausdrücklich darauf hinweist, dass dem einmal geübten

Recht eben wegen dieser Uebung verbindende Kraft zukomme.[1]) Seine Ansicht bedeutet gegenüber der Theorie der historischen Schule durchaus einen Fortschritt. Sie trat dieser in manchen Punkten schroff entgegen und rief dadurch sehr scharfe Recensionen Puchta's[2]) und Thöl's[3]) hervor.

Der Fortschritt in seiner Theorie besteht in der Hervorhebung der Uebung als Entstehungserfordernis einerseits und dem Hinweis auf die höhere Bedeutung der Gesetzgebung anderseits. Soweit sich die Kritik Puchta's und Thöl's gegen diese Punkte richtet, ist sie ungerechtfertigt und zeigt ihrerseits einen Rückschritt. Dagegen ist seine Unterscheidung von Gewohnheitsrecht und Volksrecht unverständlich und hat mit Recht die Angriffe jener beiden Gelehrten verdient. Beseler legt die Verschiedenheit beider lediglich in ihre innere Bedeutung und ihren Wert, identificiert im übrigen aber alle wesentlichen Erfordernisse beider, sodass damit die Behauptung ihrer grundsätzlichen Verschiedenheit von selbst wegfällt.

Ebenso unverständlich und unbegründet ist die einseitige Ueberschätzung des Juristenrechts, das er in seiner praktischen Wirkung dem Volksrecht und Gewohnheitsrecht im Prinzip gleichzustellen versucht.[4])

Gerade diese beiden Punkte mögen viel dazu beigetragen haben, dass seine sonstigen glücklichen Gedanken die rechte Würdigung nicht fanden.

Thöl kommt in seiner Kritik zu keinem neuen positiven Resultat von wesentlicher Bedeutung, er bewegt sich auf der Basis und in dem Rahmen der Theorie der historischen Schule.

Von diesen Schriftstellern kann deshalb abgesehen und zu den neuen positiven Resultaten der modernen Vertreter der Uebungstheorie übergegangen werden. Zu erwähnen sind: Bruns[5]), Zitelmann[6]), Hölder[7]) und Rümelin[8]).

Der eigentliche Schöpfer dieser Theorie ist Bruns, jedoch sind seine Ausführungen noch so schwankend und wenig begründet, dass sie keine genügende Ausgangsbasis für eine eingehende Kritik liefern, auf ihn wird unten zurückzukommen sein. Die angeführten Werke von Hölder und Rümelin haben auch nicht

[1]) cf. Beseler: Volksrecht und Juristenrecht. (1843) S. 76—81. Deutsches Privatrecht § 35.

[2]) Puchta: in den Jahrbüchern für wissenschaftliche Kritik (1844) Nr. 1—4.

[3]) Thöl: Volksrecht, Juristenrecht (1846)

[4]) cf. Beseler: Volksrecht und Juristenrecht S. 329 ff.

[5]) Bruns: in v. Holtzendorffs Encyklopaedie: Das heutige röm. Recht § 7.

[6]) Zitelmann: Archiv für civil. Praxis B. 66 Gewohnheitsrecht und Irrtum.

[7]) Hölder; Archiv für civil. Praxis B. 73.

[8]) Rümelin: Jherings Jahrb. B. 27.

in erster Linie die Tendenz diese Theorie zu begründen. Dagegen widmet Zitelmann ihr eine eingehende und scharfsinnige Begründung, die allein die Grundlage der folgenden Kritik bilden soll.

Zitelmann bespricht in ausführlicher Kritik die verschiedenen Ueberzeugungstheorien und kommt schliesslich zu der Frage: Gibt es überhaupt einen Volksgeist, eine allgemeine Rechtsüberzeugung? Die Antwort fällt für ihn verneinend aus unter im wesentlichen folgender Begründung:[1])

Die historische Schule statuirt über dem psychischen Verhalten des einzelnen Menschen ein psychisches Gesamtphänomen und bezeichnet dies als allgemeine Rechtsüberzeugung des Volkes. Sie erklärt dann aber diese allgemeine Ueberzeugung als „die Ueberzeugung der Gesamtheit, also nicht notwendig aller einzelnen" — folglich ist die Ueberzeugung nicht allgemein, denn die Gesamt-Rechtsüberzeugung soll etwas anders sein, als die Summe der Rechtsüberzeugung „aller einzelnen".

Die Existenz einer solchen Gesamt-Rechtsüberzeugung ist unbeweisbar und unmöglich. — Ueberzeugung ist bejahte Vorstellung. Vorstellung aber nennt man gewisse psychische „in den einzelnen" sich vollziehende Prozesse, die man nur durch Selbstbeobachtung kennt. Diese sind nur in dem „einzelnen" Menschen zu beobachten, gebunden an dessen körperliche Existenz. — Der Volksgeist kann unmöglich derartige Vorstellungen haben. Man kann deshalb unter Volksüberzeugung immer nur eine im Volke verbreitete, d. h. bei vielen Volksgenossen vorhandene Vorstellung verstehen. Ein einheitliches seelisches Subjekt bilden aber derartige Volksvorstellungen niemals, denn ein solches psychisches Gesamtphänomen setzte jedenfalls ein Subjekt voraus, eine Gesamtperson. Zudem könnten sie sich als solches gar nicht manifestieren, und wenn dies nicht geschehen kann, haben wir auch kein Recht, die allgemeine Rechts-Ueberzeugung als existierend anzunehmen.

Aus zwei Gründen führe ich die Begründung Zitelmann's in dieser Ausführlichkeit an und unterwerfe die einzelnen Sätze einer Kritik: Den ersten Grund bildet der Umstand, dass die bereits oben verworfene allgemeine Rechtsüberzeugung der historischen Schule hier einige Angriffe erfährt, denen ich nicht beipflichten kann. Mit dem Versuch sie zurückzuweisen, soll keineswegs der Rechtsüberzeugung im Sinne Savigny-Puchta's das Wort geredet sein. Es sind vielmehr diese Angriffe Zitelmann's — und das ist der zweite Grund — gleichzeitig gegen die Existenz eines Volksgeistes in dem meiner Ueberzeugung nach richtigen Sinne als „Rechtsgefühl", „Rechtssinn" des Volkes gerichtet. Diesen letzteren Umstand habe ich hauptsächlich zu berücksichtigen.

[1]) a. a. O. Seite 419 ff.

Der Begründung Zitelmann's gegenüber ist vor allem hervorzuheben, dass weder die historische Schule, noch im allgemeinen jemand sich den Volksgeist in der Weise vorstellt, wie Zitelmann ihn bekämpft. Unter Volksgeist wird man sich schwerlich etwas denken, was nicht in den einzelnen Menschen vorhanden wäre, sondern ausserhalb und über ihm eine gespenstergleiche Existenz führe, vielmehr wird man darunter eine den „einzelnen" gemeinsame Denkweise verstehen. Damit hebt sich die Schwierigkeit des Sichmanifestierens von selbst.

Wenn Zitelmann weiter sagt, es ergibt sich mit Notwendigkeit, dass die Gesamt-Rechtsüberzeugung etwas anderes sein soll, als die Summe der einzelnen Ueberzeugungen aller, so hat er damit völlig recht — aber das wird auch nicht bestritten, weil es sich aus der Natur der Gesamt-Rechsüberzeugung von selbst ergibt. Hätten Savigny und Puchta dies bestreiten wollen, so hätten sie ihre allgemeine Rechtsüberzeugung selbst verworfen. Eine Summe von einzelnen Ueberzeugungen ist mit der Gemeinsamkeit „einer" Ueberzeugung nicht zu identificieren.

Dass nun aber, wie Zitelmann weiterschliesst, der Ueberzeugung die Allgemeinheit verloren ginge, weil sie nicht die Summe aller einzelnen Ueberzeugungen darstellte, muss bestritten werden. Sie ist allgemein, obschon sie nicht in allen einzelnen vorhanden zu sein braucht, denn es kommt auf eine „numerische" Allgemeinheit nicht an. Das entscheidende Moment für den Charakter der Allgemeinheit liegt in der gemeinsamen Quelle der Ueberzeugung d. i. der Zugehörigkeit aller zu demselben Volke und der dadurch verursachten Uebereinstimmung des Fühlens und Denkens.

Für die letztere Behauptung ist nun der Beweis zu erbringen d. h. nachzuweisen, dass es einen Volksgeist gibt, der sich in dem Rechtssinn, dem Rechtsgefühl der einzelnen äussert und „vor" dem Recht vorhanden ist. Der letztere Umstand ist hervorzuheben gegenüber dem bereits erwähnten neuen Satz Jherings, „das Recht ist vor dem Rechtsgefühl vorhanden."

Mit dem Wesen des Menschen ist das Recht aufs engste verknüpft. Aus der Natur der Menschen selbst fliessen die abstrakten Principien, mit der menschlichen Gesellschaft entsteht konkretes Recht. Eine Gemeinschaft von Menschen ohne jedes, wenn auch noch so unvollkommene Recht ist für uns undenkbar. Sobald Menschen in ein Verkehrsverhältnis zu einander treten, sobald sie gemeinsamen Feinden gegenüber treten, gemeinsame Feste feiern, eine gemeinsame Sprache und einen gemeinsamen Gotteskult sich bilden, entsteht in den einzelnen auch eine mit allen anderen gemeinsame d. h. überein-

stimmende Gefühlsweise für Lust und Unlust, Gut und Böse, Freund und Feind.

Recht, Religion und Sitte sind anfangs noch durchaus ungeschieden. In dem allen gemeinsamen Gefühl, dass der einzelne Mensch seiner selbst willen und als Glied der Gemeinschaft eine gewisse Wertschätzung verdient, schlummert das Recht.

Bei den einzelnen tritt der Wille hervor, nach Massgabe dieser Wertschätzung ihr Thun und Lassen einzurichten und zugleich das Bewusstsein, dass in diesem Falle dieses allein geschehen dürfe, jenes aber nicht, dies recht, jenes unrecht sei. — „Der Rechtssinn entwickelt sich als angeborenes Erbteil der Menschheit auf dem Boden der Collision zwischen dem eignen Wohl und der Erfüllung der Pflichten. Wie in jeder Lage die Entschlüsse des Menschen auf der Notwendigkeit beruhen, zwischen den beiden Seiten seines Wesens (d. i. der vernünftig-sittlichen und der animalischen) die Vereinigung zu finden, so bethätigt sich diese Willensrichtung auch nach aussen".[1])

So ruht also ein gewisses Bewusstsein der Gebundenheit opinio necessitatis, in dem allen gemeinsamen Gefühl der Wertschätzung des Menschen und ist das treibende Motiv für den auf Beachtung dieser Wertschätzung gerichteten Willen.

Dies ist das, was ich unter Rechtsgefühl verstehe, und von diesem Standpunkt aus verteidige ich gegen Zitelmann die Existenz eines Volksgeistes.

Die Theorie der historischen Schule findet darin keine Unterstützung, denn eine Ueberzeugung, dass etwas bereits Recht „sei" und deshalb notwendig gethan werden „müsse" wird dadurch nicht als existirend behauptet. Was „vor" dem Recht existiert, ist lediglich ein auf Grund der Zugehörigkeit zu demselben Volke beruhendes, allen gemeinsames, mehr oder weniger unbewusstes „Gefühl" des Inhalts, dass das, was man thut, recht gethan sei, angemessen sei, zu Recht werden „solle".

Mit dieser Ausführung befinde ich mich in Uebereinstimmung mit Brinz[2]): „Nur dass Rechtens sein solle, was man thut und dass man also wohl daran thut, so zu handeln, ist der Gedanke, von dem die zur Gewohnheit führende That „begleitet" sein muss, nicht dass es schon Rechtens sei und darum gethan werden müsse; letzteres ist die Folge der fertigen, nicht Bedingung der erst werdenden Gewohnheit."

Gleichzeitig ist damit auch meine Stellung zu dem Satze Jherings: „Das Recht ist vor dem Rechtsgefühl vorhanden" hervorgehoben und gerechtfertigt.

[1]) Gneist: Zur Lehre vom Volksrecht, Festgabe für Beseler S. 15.
[2]) Brinz: Pandekten § 26.

Aus diesem Rechtsgefühl entwickelt sich allmälich mit der Uebung eine klare Ueberzeugung, dass der Satz Recht sei, und mit dieser wird der Satz zum Rechtssatz. Mit welchem Zeitpunkt dieser Uebergang vom unbewussten Gefühl zur klaren Ueberzeugung eintritt, wäre eine psychologische Frage, die nicht weiter von Interesse für uns ist.

Dass die Ueberzeugung in diesem Sinne wesentliches Entstehungserfordernis des Gewohnheitsrechts ist, muss nun der dies leugnenden Uebungstheorie gegenüber bewiesen werden. Auch hier bringe ich nur einen thatsächlichen Grund vor, die innere Begründung behandle ich im nächsten Abschnitt.

Es gibt Sätze, die lediglich der langjährigen Uebung ihr Dasein und ihren Bestand verdanken, Sätze, die einerseits hinsichtlich ihrer Stellung zur sittlichen und bürgerlichen Ordnung indifferent sind, so die Gewohnheit des Trinkgeldgebens, der Weihnachts- und Neujahrsgeschenke, anderseits aber dieser Ordnung geradezu widersprechen, so die Unsitte der Strandrechtsausübung, der gewohnheitsmässigen Zinsübertretung u. s. w.[1]) Alle diese Sätze müssten nach der Uebungstheorie zu Gewohnheitsrecht werden. Sie sind aber thatsächlich nicht Gewohnheitsrecht, und der Grund der dies verhinderte, ist das Fehlen der mit der ratio in Einklang stehenden Rechtsüberzeugung, die sich für solche Sätze nicht bilden konnte.

Da nun aber die Rechtsüberzeugung bei allen anderen Gewohnheitsrechtssätzen thatsächlich vorhanden ist, so kann schon daraus mit einiger Sicherheit gefolgert werden, dass sie notwendiges Entstehungserfordernis des Gewohnheitsrechts ist.

Man könnte einwenden, die sittlichen und rechtlichen Anschauungen seien nicht etwas sich zu allen Zeiten gleich Bleibendes, sondern etwas stets sich neu Gestaltendes, Wechselndes. Mithin könne früher etwas recht wohl sich mit der sittlichen und rechtlichen Ordnung vertragen haben, was ihr heute widerspricht und folglich habe damals eine Gewohnheitsrechtsbildung vor sich gehen können und zwar durch die Uebung allein.

Demgegenüber ist zu erwidern, was frühere Zeitalter für sittlich und recht hielten, ist für unsere vielfach gänzlich veränderten und meist geläuterten gegenwärtigen Anschauungen nicht mehr massgebend. Wir bilden uns unser Recht nach unseren Anschauungen. — Der Lebende hat recht. — Zudem werden offenbare Missbräuche wie z. B. die Ausübung des Strandrechts zu allen Zeiten von vernünftig denkenden und fühlenden Menschen auch als Missbräuche empfunden. Damit aber sind und bleiben sie ein als Gegengrund wirksames Mittel gegen die Uebungstheorie.

[1]) Baron: Pandekten § 4 S. 13.

§ 24.

Die materialistische Theorie.

Weder Ueberzeugung ohne Uebung, noch Uebung ohne Ueberzeugung führen zur Bildung von Gewohnheitsrecht. Diejenige Theorie, die mit den Ueberlieferungen der Geschichte und den Thatsachen der Gegenwart harmoniert, sieht Uebung „und" Ueberzeugung als Entstehungserfordernisse des Gewohnheitsrechts an.

Sie betont einerseits gegenüber der spiritualistischen Theorie und deren Modification nach Keller, Wächter, Windscheid, dass nicht die Uebung aus der Ueberzeugung sondern die Ueberzeugung aus der Uebung folge — anderseits weist sie der Uebungstheorie gegenüber darauf hin, dass ein der Uebung vorangehendes Rechtsgefühl und eine Verwandlung desselben in Ueberzeugung nicht schlechterdings geleugnet werden können, sondern wie die Uebung Thatsachen sind.

Die Begründung dieser „materialistischen" Theorie ist bereits ausführlich, zum teil wiederholentlich in der Kritik der anderen Theorien gegeben worden, es darf daher hier davon abgesehen werden.

Vertreten wird diese Theorie von Baron[1]). Mit einigen Modificationen ferner von Brinz[2]).

[1]) a. a O. § 4 [2].
[2]) Pandekten: § 26.

IV. Abschnitt.

Grund der Geltung des Gewohnheitsrechts.

§ 25.

Vom Standpunkt der historischen Schule.

Das Interesse an der Uebersichtlichkeit der Darstellung war massgebend dafür, dass bisher nur thatsächliche Gründe vorgebracht wurden. Auch rechtfertigt es die Wichtigkeit der Geltungsfrage, dass dieselbe abgesondert und in sich zusammenhängend behandelt wird.

Die zunächst zu beantwortende Frage lautet: Was ist unter „Geltung" des Gewohnheitsrechts zu verstehen. Offenbar zweierlei: einmal die Thatsache, dass der Richter einen bestimmten Satz als Rechtssatz in Anwendung bringt, und das Volk ihn beobachtet, und zweitens der Umstand, der eine Verpflichtung des Volkes, diesen Satz zu befolgen, innerlich begründet.

Die faktische Geltung ist von der Verpflichtung streng zu scheiden. Von der ersteren war oben die Rede, von der letzteren wird nun zu handeln sein.

Um den Grund der Verpflichtung zu finden, gehe ich aus von dem Begriffe „Gewohnheit".

Unter Gewohnheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsentstehung ist zweierlei zu verstehen: Entweder nur das Erkenntnismittel des vorhandenen Rechts, oder aber der Entstehungsgrund des Rechts und Erkenntnismittel „zugleich". — Daraus ergibt sich, dass da, wo die Gewohnheit nur Erkenntnismittel ist, der Geltungsgrund noch zu erforschen ist, dass dagegen da, wo sie Enstehungsgrund ist, untersucht werden muss, ob ihr allein, oder inwieweit ihr die bindende Kraft zuzurechnen ist.

Wir haben also von dreien durch die verschiedene Auslegung des Begriffes Gewohnheit bedingten Erklärungen des Begriffes Gewohnheitsrecht auszugehen.

Diese Begriffe finden wir bereits konstruiert in den oben behandelten Theorien. Wir beginnen also wieder an der Hand

dieser Theorien die Untersuchung, die entgültig ergeben soll, welche von ihnen die allein berechtigte ist.

Zunächst befragen wir die spiritualistische Theorie, um von ihr über das, was sie als Geltungsgrund ansieht, Aufklärung zu bekommen.

Das Recht ist der Ausfluss des Volksgeistes — das ist alles, was diese Theorie antwortet. Fragen wir, warum erzeugt der Volksgeist als Träger der allgemeinen Rechtsüberzeugung Recht? — so sucht uns Puchta damit zu trösten, dass er erklärt, auf diese Frage lasse sich überhaupt keine Antwort geben.[1]) — An einer anderen Stelle[2]) glaubt er sogar, die Frage, ob und aus welchem Grunde Gewohnheitsrecht gelte, könne gar nicht entstehen, gibt aber gleichwohl eine Antwort darauf und zwar folgende: „Das Gewohnheitsrecht besteht und gilt aus dem Grunde, aus welchem Recht überhaupt gilt, ferner, aus dem Grunde, aus dem es eine Volksüberzeugung gibt, aus dem Grunde endlich, aus welchem überhaupt Völker existieren. Denn sobald man ein Volk als wirklich anerkennt, so schreibt man damit dem Volksgeist eine Thätigkeit zu, daher eine gemeinsame Ueberzeugung über moralische und rechtliche Freiheit; und da das Gewohnheitsrecht diese Ueberzeugung gerade in ihrer unmittelbaren, natürlichen Gestalt ist, so ist mit dem Volke nothwendig auch das Gewohnheitsrecht gegeben."

Es ist unmöglich, diesen Beweis gelten zu lassen. Der Volksgeist schafft Recht — und das Recht gilt, weil es Ausfluss des Volksgeistes ist! Dieser Beweis enthält ein petitio principii. — Die Frage, warum erzeugt der Volksgeist Recht, bleibt unbeantwortet. Inhalt und Geltung eines Rechtssatzes sind hier nicht unterschieden.

Wir dürften erwarten, dass uns die dieser spiritualistischen Theorie sehr nahestehenden Vertreter derjenigen Theorie, die zwar die Uebung als Entstehungserfordernis anerkennt, den Schwerpunkt aber, d. h. den Grund der verbindenden Kraft ebenfalls in die allgemeine Rechtsüberzeugung verlegt, die gewünschte Aufklärung gäben — aber auch hier sehen wir uns getäuscht. Keller, Wächter und Windscheid lassen sich an der Behauptung Puchta's genügen und versuchen keine durchschlagende Begründung zu geben. Dass die Uebung in dieser Theorie verbindende Kraft habe, wird nicht behauptet. Windscheid betont vielmehr ausdrücklich, dass der Grund der verbindenden Kraft in der Ueberzeugung liege.[3])

Da letzteres aber unbewiesen war und auch geblieben ist,

[1]) a. a. O. Buch I S. 83–84.
[2]) a. a. O. Buch II S. 180 ff.
[3]) Windscheid: Pandekten § 15.

so haben sich damit diese Theorien selbst gerichtet, ihre Unhaltbarkeit ist nun dargethan.

§ 26.

Vom Standpunkt der Uebungstheorie.

Ganz anders führt sich diese Theorie ein. Sie gibt uns einen positiven Beweis für ihre Behauptungen. Auch hier soll wieder die eingehende und scharfsinnige Beweisführung Zitelmanns zu Grunde gelegt werden.[1])

Ihr Gedankengang ist im wesentlichen folgender: Die Frage nach der Geltung eines Rechtssatzes ist eine rein thatsächliche. Demnach ist auch eine sichere Antwort möglich.

„Gelten" ist ein Prädikat, das von einem Satze ausgesagt werden kann. Ein wesentliches Erfordernis ist es, dass dieser Satz „allgemeinen" Charakters ist, d. h. dieser Satz muss stets in allen seinen Conkretionen zu dem aussagenden Prädikat passen.

Demnach enthält jeder Satz, von dem man sagt, er gelte, ein hypothetisches Urteil, die Vorstellung der These ist nur wahr, wenn die Hypothese zutrifft, d. h. wenn der Satz im obigen Sinne allgemein ist. Die eigentümliche Art der Wirklichkeit eines solchen Satzes nennen wir „Geltung". Indem wir also von einem Satze des Rechts sagen, er gelte, stellen wir eine eigentümliche Art seiner Wirklichkeit dar, nämlich, dass überall, wo die von jenem Satz bezeichneten Voraussetzungen eintreffen, auch die von ihm bezeichnete Folge — ein Berechtigt- oder Verpflichtetsein einer Person — eintritt.

Eine derartige Geltung schreibt man besonders den Naturgesetzen zu und man stellt sie sich als wirklich auch ausserhalb und unabhängig von menschlicher Anerkennung vor. „Der Begriff der Geltung ist hier gerade derselbe wie im Recht, nur dass dies Geschehen im Recht ein Verpflichtet- oder Berechtigtwerden, in der Natur ein physisches oder geistiges Geschehen ist."[2]) Die Geltung der Naturgesetze wissen wir aus der sinnlichen Beobachtung, die Geltung des Rechts dagegen aus der Beobachtung „dass die Menschen in ihrem äusseren Verhalten zu einander bei konkurierenden und collidirenden Interessen sich gleichförmig nach gewissen Regeln thatsächlich richten und sich diesen beugen." Wiederholt sich jene Beobachtung des thatsächlichen Herrschens eines Rechtssatzes häufiger, und ist man ferner zu der Annahme berechtigt,

[1]) Archiv für civil. Praxis. Band 66 — Gewohnheitsrecht und Irrtum. S. 446 ff.

[2]) a. a. O. S. 450.

dass jenes thatsächliche Herrschen audauern werde, so entsteht nach und nach in dem korrekt denkenden Beobachter die Vorstellung, dass diese Rechtsordnung „eine rechtlich geltende Ordnung“ sei, dass der Satz „rechtlich“ gelte.

Darauf gründet sich ferner die objective Wirklichkeit des Rechts d. h. es gilt ganz unabhängig von menschlicher Anerkennung, wie dies auch bei den Naturgesetzen der Fall ist.

Indem also ein Rechtssatz thatsächlich befolgt ist, und die Wahrscheinlichkeit vorliegt, dass er auch weiterhin befolgt werden werde, verwandelt sich der Begriff des „Thatsächlichen“ in den des „Rechtlichen“.

Also die Macht der dauernden Thatsachen ist nach Zitelmann dasjenige Moment, welches dem Gewohnheitsrecht Geltung verschafft.

Diese Beweisführung Zitelmann's verrät den Einfluss einer vorgefassten Meinung über die Entstehung des Gewohnheitsrechts. Er verwirft die Ueberzeugung gänzlich und berücksichtigt infolgedessen auch den bewussten Willen als Factor der Rechtsbildung nicht genügend.

Die Frage nach der Geltung des Gewohnheitsrechts ist ihm eine rein thatsächliche, er legt demnach auch nur Wert auf die thatsächlich vorgenommenen Handlungen. Er sieht somit auch keinen Unterschied zwischen der Existenz des Rechtes und der von Naturereignissen.

Diese Frage ist jedoch keine „rein“ thatsächliche, sondern da, wo nach dem Grunde der „Verpflichtung“ des Richters gefragt wird, eine „rechtliche“.

Wohl kann die Frage nach der Geltung der Naturgesetze eine thatsächliche genannt werden, sofern überhaupt von einem „Gelten“ der Naturgesetze gesprochen wird. Der gewöhnliche Sprachgebrauch kennt nur eine von unserem menschlichen Geltenlassen unabhängige wirkliche „Existenz“ der Naturgesetze.

Dass Zitelmann darauf weiterbauend die Existenz des Rechts mit der der Naturereignisse in den wesentlichen Momenten identificiert, ist durch die vorhergegangene Begründung noch nicht genügend gerechtfertigt und gänzlich verfehlt, wenn wir in dieser Begründung auf den Fehler der Gleichstellung einer thatsächlichen mit einer rechtlichen Frage hinweisen.

Derselbe Fehler liegt auch dem Gedankengang zu grunde, dass, sobald man zu der Annahme berechtigt sei, dass das „thatsächliche“ Herrschen andauern werde in dem Beobachter die Vorstellung entstünde, dass der Satz nun „rechtlich“ gelte und objective Wirklichkeit erlange.

Wie soll diese Vorstellung entstehen, wenn doch that-

sächliches und rechtliches Gelten gleichgestellt sind? Wie soll ferner eine „Verwandlung“ des Begriffes des Thatsächlichen in den des Rechtlichen vor sich gehen können, wenn doch der Begriff des Rechtlichen keinen anderen Inhalt hat, als den der längeren Dauer der „thatsächlichen“ Herrschaft eines Satzes? — Von einer Verwandlung kann nur da die Rede sein, wo begriffliche Unterschiede vorliegen. Das ist aber nach Zitelmann hier nicht der Fall, wenn man nicht etwa in der nicht weiter erklärten Behauptung, „das rechtliche Gelten ist noch ein Mehreres und Anderes, als das thatsächliche Gelten“,[1]) einen genügenden Unterschied herausfindet.

Aber auch abgesehen von diesen Einwendungen, bleibt es unerklärlich, wie die Vorstellung, dass ein Satz rechtlich gelte durch die längere Uebung und die Annahme der längeren Fortsetzung derselben hervorgerufen werden soll. Ein Satz kann durch die längere Uebung zum Rechtssatz doch nur da werden, wo schon im Bewusstsein der Uebenden irgend eine, wenn auch noch so unklare Vorstellung von der rechtlichen Angemessenheit des Satzes, also von dem „Recht als solchem“ vorhanden ist. Aus diesem Rechtsgefühl wird alsdann durch die Uebung die klare Ueberzeugung hervorgerufen, dass der Satz Recht sei, und damit „gilt“ er.

Das, um was es sich handelt, wie nämlich die thatsächliche Uebung zu Recht wird, bleibt also von dem Standpunkt einer die Existenz jeder allgemeinen Ueberzeugung leugnenden Theorie unerklärt.

Dass die Uebung der alleinige Grund der bindenden Kraft des Gewohnheitsrechts sei, bleibt mithin ebenso unbewiesen wie die Behauptung, dass dieser Grund in dem Volksgeiste, d. h. in der allgemeinen von vornherein vorhandenen Rechtsüberzeugung zu finden sei.

Folglich ist auch die Uebungstheorie als unhaltbar nachgewiesen. Man kann ihr übrigens mit Fug und Recht entgegenhalten, „sie[2]) entziehe den für unsere gesellschaftliche Ordnung grundlegenden Instituten des Gewohnheitsrechts den idealen Gehalt und veräusserliche sie, indem sie sie zu Produkten blosser Gewöhnung macht.“

§ 27.

Andere Ansichten.

Neuere Schriftsteller gelangen, zum teil vom Boden der Uebungstheorie aus, zu der Ueberzeugung, dass der Grund

[1]) a. a. O. S. 460.
[2]) cf. Baron: Pandekten § 4, 2.

der bindenden Kraft des Gewohnheitsrechts „ausserhalb“ zu suchen sei.

Nach Bruns[1]) hat die Gewohnheit ihren Grund in der Macht des nationalen Rechtssinnes, ihr Wesen ist innere Notwendigkeit, unwillkürliches Handeln. Sie schafft thatsächlich geltendes Recht, durch sie wird der Rechtssatz zu einer objectiven, idealen Macht im Volke.

Dennoch sieht er den Grund der bindenden Kraft des Gewohnheitsrechts nicht nur in der Gewohnheit, sondern vornehmlich in der Anerkennung und Beschützung vom „Staate.“

Bruns steht also noch halb auf dem Boden der historischen Schule, insofern er den Grund der Gewohnheit in der Macht des nationalen Rechtssinnes findet, neigt aber sehr zur Uebungstheorie hin. Im Resultate weicht er nur dadurch von Zitelmann ab, dass er nicht „nur“ in der Uebung, d. i. Gewohnheit, den Geltungsgrund sieht, sondern ihn zum teil beim Gesetzgeber suchen zu müssen glaubt.

Einen ähnlichen Standpunkt nimmt Schwanert[2]) ein. Er verlangt nicht unbedingte Anerkennung seitens des Staates, sondern findet, dass der Staat vernünftigerweise dem Gewohnheitsrecht die ihm notwendige Anerkennung nicht versagen kann.

Nach ihm kann das Gewohnheitsrecht erst dann ein wahrhaftes Recht genannt werden, wenn ihm die Zwangsgewalt des Staates zur Seite steht. Die Versagung derselben aber würde der Aufgabe des Staates, die Verkehrsordnung zu sichern, entgegentreten und schliesslich zu einer Auflehnung des Gewohnheitsrechts gegen den Staat selbst führen. Von der allgemeinen Rechtsüberzeugung sagt sich Schwanert los und kann deshalb nicht mehr als auf dem Boden der historischen Schule stehend angesehen werden.

Durchaus den Standpunkt Zitelmanns vertritt Rümelin[3]), jedoch findet er den Geltungsgrund des Gewohnheitsrechts abweichend von diesem und übereinstimmend mit Bruns und Schwanert in der staatlichen Anerkennung.

Er wendet sich gegen Zitelmann und sucht vergebens die von diesen endgültig widerlegte sogenannte „Gestattungstheorie“ wieder zur Geltung zu bringen.

Diesen Schriftstellern gegenüber ist zu betonen, dass, wer sich auf den Staat beruft, folgerichtig beweisen muss, dass die staatliche Anerkennung des Gewohnheitsrechts notwendig ist.

[1]) Bruns in v, Holtzendorff's Encyclopädie S. 398 (4. Aufl. 1882).
[2]) Schwanert a. a. O. S. 21
[3]) Band 27 in Jherings Jahrbüchern.

Vor allem auch muss er zeigen, aus welcher Quelle wiederum die staatlichen Anordnungen ihre bindende Kraft schöpfen.

Dass die staatliche Anerkennung nötig sei, finden diese Schriftsteller in dem nicht beweiskräftigen Umstand, dass ihnen kein anderer genügender Geltungsgrund aus dem Gewohnheitsrecht hervorzugehen scheint.

Auf die Frage nach dem Grunde der bindenden Kraft der staatlichen Anordnungen geht nur Rümelin näher ein.

Er weist die Zurückführung des Staates auf einen Gewohnheitsrechtssatz mit Recht zurück, findet dann aber, dass die Bedeutung der staatlichen Ordnung ohne Rücksicht auf die Frage nach der Entstehung lediglich „in ihrem Werte" liegt. Durch die Thatsache der Staatengründung sei eine neue Grundlage für die Rechtsordnung geschaffen, und auf derselben liesse sich die Frage weshalb „gelten" die Rechtssätze einfacher und leichter beantworten.

In diesen Worten liegt nur eine Behauptung, kein Beweis.

Welches ist denn der Wert der staatlichen Ordnung? Was beweist denn, dass dieser Wert so allgemein anerkannt ist, dass ohne weiteres die Geltung alles Rechts auf ihn zurückzuführen ist? Ferner, wenn der Staat wirklich seine „Genehmigung" erteilt, so würde dadurch doch nur dem Richter „gestattet" Gewohnheitsrechtssätze anzuwenden, seine Verpflichtung aber, die ein „Muss" involviert, bliebe unbegründet.

Es ist kein glücklicher Versuch, die von der historischen Schule erfolgreich bekämpfte Theorie des XVIII. Jahrhunderts wieder herauf zu beschwören. Keine andere Theorie ist dem wahren Wesen des Gewohnheitsrechts so schroff entgegengesetzt. Diese Errungenschaft der historischen Schule sollte nicht wieder in Frage gestellt werden.

In der That sind Gewohnheitsrecht und Gesetzgeber zwei gänzlich von einander unabhängige, sich in keiner Weise bedingende Rechtsquellen. Zur Begründung folgendes:

Wir sahen bei dem Nachweis der Existenz eines allgemeinen Rechtsgefühls, dass Sitte und Recht in den ersten Zeiten des gesellschaftlichen Zusammenlebens noch ungeschieden waren. Die Folge davon ist eine noch wenig sichere Ordnung des Volkslebens. Sie wird noch leicht durch die aus der animalischen Natur des Menschen hervortretenden Leidenschaften gestört, ihre schwachen Schranken gewähren keinen sicheren Schutz.

Mehr und mehr wird sich im Volke das Verlangen nach einer festen Ordnung geltend machen, es erwacht in ihm der Staatssinn, der Sinn für zwingende Gebote.

Die anfangs patriarchalisch-familienrechtliche Ordnung weicht einer staatsrechtlichen und zwar zunächst republikanischen Ordnung unter Leitung des Volkes selbst in seinen Versamm-

lungen. Von diesen geht der erste nachdrückliche Zwang aus, sie hören den Verletzten und strafen den Verletzenden, sie entscheiden über Mein und Dein.

So entwickeln sich aus dem Volke heraus die ersten Ansätze zum Strafrecht und Privatrecht. Die längere Uebung der aufgestellten Normen und Sätze führt zu der allgemeinen Ueberzeugung, dass diese Recht seien und befolgt werden müssen. Damit ist Gewohnheitsrecht entstanden im engen Anschluss an die noch das „ganze" Volk darstellende Staatsgewalt.

Die wachsende Cultur lässt diese den Namen „Staat" noch nicht verdienende primitive Ordnung bald als thatsächlich unausführbar und den mit den reicheren Verhältnissen wachsenden Leidenschaften gegenüber ohnmächtig erscheinen. „Je gewaltthätiger ein Volkscharakter von Hause aus ist, desto dringender bedarf es einer weiteren Stärkung der Obrigkeit . . . . . Mit dem wachsenden Druck der besitzenden auf die schwächeren Klassen, werden die selbstgesetzten Obrigkeiten allmälich unzureichend für die Aufrechterhaltung des Rechts und des Friedens." [1])

Nun bildet sich eine unabhängige wirkliche Staatsgewalt in Gestalt des Königtums und mit ihm die gesetzgebende Gewalt.

Gewohnheitsrecht bestand also, bevor ein Gesetzgeber existierte und es entsteht auch heute noch, ehe der Gesetzgeber von ihm erfährt, folglich ist eine Anlehnung des Gewohnheitsrechts an den Staat gänzlich unbegründet. Ebensowenig ist aber der Staat auf einen Gewohnheitsrechtssatz zurükzuführen, und damit die Behauptung hinfällig, alles Recht sei in letzter Hinsicht Gewohnheitsrecht.

Als eine etwas anders motivierte Ansicht möge die Dernburgs noch Erwähnung finden: „Die Verbindungskraft des Gewohnheitsrechts beruht nicht auf ihrer Begründetheit. Sie ist eine historische Thatsache, ein gegebener Grundfaktor unseres Rechts." [2])

Dass sie mit der Zeit eine historische Thatsache und ein mit dem Recht gegebener Grundfaktor unseres Rechts ist, wird niemand bestreiten. Wenn aber Dernburg dies daraus folgert, dass sie lediglich auf der Gewohnheit beruhe, so ist das keineswegs historische Thatsache, sondern Dernburg's Meinung.

Dasselbe gilt von der unmittelbar darauffolgenden Behauptung: „Hiernach ist es ungerechtfertigt, wenn Gerichte bei

[1]) cf. v. Gneist a a. O

[2]) Dernburg: Pandekten I § 26 Seine Ansicht ist ein direkter Verzicht auf die Angabe eines Grundes für die verbindende Kraft des Gewohnheitsrechts.

der Prüfung der Frage, ob ein Gewohnheitsrecht bestehe, ausser der Thatsache langjähriger Rechtsgewohnheit fordern, dass ihnen deren Uebereinstimmung mit einer Volksüberzeugung erhelle. Ein derartiges Erfordernis ist dem positiven Recht fremd."

Nicht dem positiven Recht, auch nicht unserer heutigen Rechtssprechung, wie mehrere Reichsgerichtsentscheidungen beweisen,[1]) noch weniger aber der Wissenschaft ist dieses Erfordernis fremd. Es kann nicht kurzer Hand abgewiesen werden dadurch, dass man sich auf einen subjektiven, entgegengesetzten Standpunkt stellt. Wenn Dernburg die längere Uebung nur deswegen für eine selbstständige Rechtsquelle erklärt, weil „dem Menschengeiste Ehrfurcht vor dem althergebrachten und die Scheu, dasjenige anzutasten, was lange bestand, innewohnt",[2]) so ist daraus ebensowenig, wie aus der Begründung Zitelmanns zu ersehen, wie sich der Uebergang vom Thatsächlichen zum Rechtlichen vollzieht.

Die „ersten" Uebenden besitzen diese Ehrfurcht jedenfalls noch nicht, die Zeit soll erst jene seelische Wirkung hervorrufen. Es ist aber nicht einzusehen, warum eine Wirkung, die auf Grund eines in allen Volksgenossen existierenden Rechtsgefühls von anfang an als in dem Bewusstsein der Uebenden vorhanden angenommen werden kann, erst aus der thatsächlichen längeren Uebung soll gefolgert werden. Wozu diese Erschwerung, die noch obendrein unbewiesen ist! In vielen Fällen ist zudem die Ehrfurcht vor dem althergebrachten gar nicht vorhanden.

Den Schluss möge die ganz eigenartige Ansicht Adickes' bilden.

Bei Rümelin fanden wir eine Anlehnung an die im vorigen Jahrhundert herrschende Staatstheorie. Adickes[3]) führt uns noch einen Schritt weiter zurück zur naturrechtlichen Lehre.

Er versucht, in der subjektiven Vernunft des Richters eine sekundäre Rechtsquelle zu begründen.

Wenn diese Ansicht bisher keinen Anklang gefunden hat, so ist das ein sicheres Zeichen dafür, dass man keineswegs zu der naturrechtlichen Lehre zurückzukehren beabsichtigt und seine Rechtsquelle für unbegründet und unannehmbar hält.

§ 28.

Vom Standpunkt der materialistischen Theorie.

Diese Theorie sieht den Grund der bindenden Kraft des

[1]) cf. deren Zusammenstellung bei Zitelmann Archiv für civil. Praxis B. 66.

[2]) Dernburg-Pandekten § 26.

[3]) Adickes: Zur Lehre von den Rechtsquellen (1872) S 6—15.

Gewohnheitsrechts einmal in der Uebung, die in einem gewissen Bewusstsein der Gebundenheit, opinio necessitatis vorgenommen wird.

Unter opinio necessitatis ist jedoch nicht die allgemeine Rechtsüberzeugung im Sinne der historischen Schule zu verstehen, überhaupt bedeutet es nicht das Gebundensein an eine Rechtsüberzeugung, sondern lediglich an ein im Menschen als einzelnem Volksgliede lebendes und wirkendes Rechtsgefühl.

Dieses Rechtsgefühl tritt hervor als das Gefühl, dass der Satz der rechtlich angemessene sei und erstarkt allmälich infolge längerer Uebung zum Rechtsbewusstsein, zur Rechtsüberzeugung.

Mit dieser Rechtsüberzeugung ist alsdann ein zweiter Grund für die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts gegeben; der geübte Satz ist mit ihr zum Rechtssatz geworden und ist der wahre Ausdruck der Volksanschauung.

In der Uebung liegt also der erste Grund der Geltung, jedoch nicht in der Thatsache der Uebung an sich, wie die Uebungstheorie glaubt, sondern in der vom Rechtsgefühl geleiteten Uebung. Eine Verwandlung des Thatsächlichen ins Rechtliche braucht alsdann nicht vor sich zu gehen, denn von anfang an ist in den Uebenden der Begriff des Rechtlichen vorhanden.

Die Länge der Zeit[1]), die Macht der Thatsache, der sich, wie Windscheid[2]) sagt, kein menschliches Gemüt zu entziehen vermag, vor allem aber die praesumtio, Ausdruck der wahren Volksanschauung zu sein, sind die aus der Uebung herzuleitenden Momente der bindenden Kraft des Gewohnheitsrechts.

In der Rechtsüberzeugung liegt insofern ein Grund der Geltung, als sie den wahren Ausdruck der gesunden Volksanschauung darstellt und gewissermassen der sie erzeugenden Uebung die zur Rechtserhebung erforderliche Sanktion des Volkes verleiht.

[1]) Die über die Länge der Dauer durch die kanonischen Vorschriften hervorgerufenen Zweifel sind heute beseitigt Man überlässt die Entscheidung darüber dem richterlichen Ermessen.

[2]) Windscheid: Pandekten § 15 Anm. 2.

V. Abschnitt.

Kraft des Gewohnheitsrechts.

§ 29.

Die Antinomie in den Quellen.

In den bisherigen Ausführungen war von der Geltung des Gewohnheitsrechts nur insofern gehandelt, als dieses nicht in Widerspruch geriet mit dem Staatswillen, dem Gesetz. Der Conflikts fall ist jetzt zu behandeln.

Die Frage, um die sich die folgende Untersuchung dreht, lautet: Gibt es Gründe, die für die Geltung des Gewohnheitsrechts auch contra legem sprechen, mit anderen Worten, sind beide Rechtsquellen gleichwertig oder nicht?

Dass durch Gesetz ein Gewohnheitsrecht für unverbindlich erklärt werden könne, kann nicht ernstlich bezweifelt werden. Windscheid,[1]) der früher als Vertreter der Gleichberechtigung beider Rechtsquellen mit Puchta die gegenteilige Consequenz glaubte ziehen zu müssen, ist in der neuen Auflage seiner Pandekten davon zurückgekommen.

Dagegen ist die Frage, ob durch Gewohnheitsrecht ein Gesetz könne aufgehoben werden, von jeher unter den Juristen streitig gewesen.

In den Quellen besteht darüber eine Antinomie.

Die l. 32 D. de legibus I. 3. bejaht diese Frage ausdrücklich. — Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum, nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur, — aber ebenso ausdrücklich wird sie verneint in der l. 2 C. quae sit longa VIII. 52. — Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento ut aut rationem vincat aut legem.

[1]) cf. Pandekten § 15.

Während einige neuere Schriftsteller erklären, die Codexstelle derogiere der Digestenstelle, versuchen andere, teilweise mit Aufbietung grossen Scharfsinns die Stellen durch Interpretation zu vereinigen.

§ 30.

Die Vereinigungsversuche.

Puchta gibt zu, dass man auf den ersten Blick aus der „berüchtigten" Constitution herauslese, Gesetze können niemals durch Gewohnheitsrecht aufgehoben werden. Gegen diese Auslegung spräche aber die l. 32 cit. insofern, als sie dadurch zwecklos gemacht würde. Durch Vereinigung müsse und könne die Antinomie gelöst werden.

Er hebt hervor, dass unter consuetudo und usus longaevus nur die äussere Erscheinung des Gewohnheitsrechts d. h. die Uebung und nicht die Ueberzeugung zu verstehen sei.

Die Uebung müsse indessen zwei Bedingungen erfüllen, wenn ihr die auctoritas einer Erkenntnisquelle zukommen soll. Einmal müsse sie „longaevus" sein und ferner dürfe kein Grund vorliegen, der die Möglichkeit der allgemeinen Rechtsüberzeugung ausschliesse.

Die erste Bedingung sei durch den Zusatz longaevus in der Stelle selbst vorausgesetzt. Zum Beweise für die zweite diene die l. 39 D de leg., denn dort sei ausgesprochen, der Mangel der ratio d. h. das Vorhandensein eines error mache die Annahme eines Gewohnheitsrechts unmöglich.[1])

In dieser Stelle sei jedoch ratio in einem allgemeineren Sinn zu fassen, weil kein Zusatz (error!) eine speziellere Erklärung verlange und zwar sei es zu übersetzen mit „rechtlicher Grund, ratio juris," sodass sich ergibt:

Eine consuetudo contra juris rationem ist überhaupt die Uebung eines Satzes, der kein Rechtssatz sein kann, also eine consuetudo, der die „zweite" Bedingung fehlt, die demnach ohne Wirkung ist.

Die Stelle besage also: „Die äussere Erscheinung ist freilich wesentlich aber sie überwiegt nicht das innere Moment."[2])

Ferner sei aut legem als Ergänzung zu ratio sc. juris zu fassen, sodass, was ratio allgemein bezeichne, die ratio legis als „speziellen" Fall hinstelle.

Seine Auslegung lautet demnach: Diese l. 2 cit. handelt nicht von dem Gewohnheitsrecht, sondern nur von der Uebung, der Erkenntnisquelle. Sie hat zum Inhalt, dass die Uebung, wenn

[1]) Puchta Gewohnheitsrecht Buch III S. 212 ff. — Den Wortlaut der citierten lex siehe oben § 19.

[2]) a. a. O. Buch III S 212 ff.

sie die Erkenntnisquelle sein solle, jene beiden Bedingungen erfüllen müsse, widrigenfalls kein Gewohnheitsrecht existiere.

Von der Kraft des Gewohnheitsrechts d. h. seiner Geltung contra legem handelt die Stelle nicht, sondern nur von seiner Existenz. In der Existenz eines Gesetzes kann möglicherweise der Grund liegen, warum ein Gewohnheitsrecht überall, trotz einer bestehenden Uebung nicht anzunehmen ist. Ist aber ein Gewohnheitsrecht wirklich vorhanden, so hat auf die Beurteilung seiner Collision mit gesetzlichem Recht seine Eigenschaft als Gewohnheitsrecht keinen Einfluss, diese Collision ist vielmehr ganz ebenso anzusehen, wie wenn sie zwischen Rechtssätzen derselben Quelle einträte."[1])

Auf durchaus andere Weise versucht Savigny eine Vereinigung.

Er glaubt unbedenklich annehmen zu dürfen, dass die Stelle nur von „partikulären" Gewohnheiten rede u. zw. von solchen, die erst künftig neu entstehen oder doch zu Tage kommen würden;[2]) letzteres sei aber zu Constantins Zeiten nur noch von particulärem Gewohnheitsrecht zu erwarten gewesen.

Unter lex sei nicht Gesetz schlechthin gemeint, sondern ein „absolutes Kaisergesetz", gegen welches weder ein früheres, noch auch ein späteres Gewohnheitsrecht aufkommen könne, ohne das allgemeine Staatsinteresse zu verletzen.

Es handle sich hier also um die Frage: „Wie verhält sich ein partikuläres Gewohnheitsrecht zu einem kaiserlichen Landesgesetz?"[3])

Ratio ist nach seiner Ansicht nicht als Rechtsgrund zu fassen, sondern wie in mehreren anderen Stellen, als ratio utilitatis; es bezeichne dann „das gerade nicht durch ein solches Gesetz geschützte Staatsinteresse ratio publicae utilitatis"[4]) und gebe erst dann einen bestimmten praktischen Sinn.

Der Inhalt der lex 2 C. cit. wäre demnach folgender: „Oertliche Gewohnheiten sollen nicht gelten, wenn sie mit dem Staatsinteresse im Widerspruch stehen, mag nun dieses durch ein früheres oder späteres Landesgesetz anerkannt sein oder nicht."[5])

Also auch hier ist nur gesagt, dass unter gewissen Bedingungen Gewohnheitsrecht nicht zur Existenz komme, über seine Geltung contra legem enthalte die Codexstelle keine Bestimmung.

---

[1]) a. a. O. Buch III S. 212 ff.
[2]) Savigny: Beilage zu System B. I.
[3]) l. c.
[4]) l. c.
[5]) l. c.

Der Auslegung Savigny's stimmen bei: Windscheid[1]), Regelsberger[2]).

Bei Vangerow[3]) finden sich acht verschiedene Auslegungen zusammengestellt, die alle auf eine systematische Vereinigung hinzielen. Nach Vangerows eigener Meinung, die er an achter Stelle anführt, soll sich die Schwierigkeit sehr einfach dadurch heben, dass man die lex 2 cit. von einem Fall versteht, wo ein Gesetz von vornherein eine künftig sich etwa dagegen bilden wollende Gewohnheit untersagt hat."

Also wiederum dasselbe Resultat: Gewohnheitsrecht kommt nicht zu stande, weil Vernunft und Gesetz sie ausdrücklich verbieten.

Keiner dieser drei Vereinigungsversuche führt zu einem befriedigenden Resultat.

Puchta's Auslegung ist unbestreitbar ein eleganter und scharfsinniger Versuch, der sich gegen den fast plumpen Versuch Savigny's vorteilhaft abhebt.

Gegen Puchta spricht aber der Umstand, dass consuetudo in den Quellen l. 32—35, 38—40 D. I. 3. und l. 2. C. VIII 52 im Sinne von „Gewohnheitsrecht" gebraucht ist[4]) und keineswegs Erkenntnismittel bedeutet. Hier zeigt sich wieder die fehlerhafte Tendenz, die vorgefasste Meinung mit den Quellen in Einklang zu bringen.

Gegen Savigny und seine Nachfolger ist einzuwenden, dass nichts uns dazu berechtigt, aus der Stelle etwas von „partikulären" Gewohnheiten und „absoluten Kaisergesetzen" herauszulesen. Wenn Constantin davon hätte sprechen wollen, dann würde er dies ohne Zweifel deutlich haben hervortreten lassen, denn wir können nicht annehmen, dass er gerade die Umstände, die wesentlich waren, absichtlich unerwähnt gelassen habe.

Die von Vangerow aufgezählten Vereinigungsversuche, einschliesslich seines eigenen, thun alle, jeder in seiner Weise, der Quellenstelle Gewalt an. Von einer künftig sich gegen das Gesetz bilden wollenden Gewohnheit ist in der lex nichts zu finden.

§ 31.

Historische Auslegungsversuche.

Alle diese verunglückten Versuche beweisen, dass hier die systematische Vereinigung nicht zum Ziel führt — man muss zur historischen schreiten.

[1]) Pandekten § 18.
[2]) Pandekten § 23.
[3]) Pandekten in der Anmerkung zu § 16
[4]) cf. Heumann: Handlexikon zu „consuetudo".

Schon in der Glosse finden wir einen Versuch, die lex 2 cit. so auszulegen, wie ihr unzweideutiger Wortlaut es verlangt d. h. dem Gewohnheitsrecht die derogatorische Kraft gegenüber dem Gesetz abzusprechen und also nach dem Satze: lex posterior derogat priori die lex 32 cit. als durch die Codexstelle aufgehoben zu erklären.

Die Stelle lautet:[1])

Solvitur secundum Placentinum: illa loquitur secundum sua tempora, secundum quae consuetudo erat populi et lex populi, et sic una poterat aliam tollere. At hodie principis est facere legem et sic consuetudine populi tolli non debet.

Hier wird die Behauptung aufgestellt, dass der von Julian in der lex 32 cit. niedergelegte Gedanke rein republikanischen Charakters sei und für die monarchische Verfassung unter Constantin keine Geltung mehr habe.

Ein Widerspruch mit der lex 32 cit. wird also unbedingt zugegeben, soll aber durch keine verkünstelte Auslegung gehoben, sondern unmittelbar aus den Umständen der Zeit des Erlasses der Constitution erklärt und aufrecht erhalten werden.

Die Begründung dieser Behauptung auf ihren wissenschaftlichen Wert geprüft ist allerdings nicht stichhaltig, denn nicht die Gegenüberstellung der Volksgewalt und Monarchengewalt ist das begründende Moment, wie ich nachher zeigen werde. Von Belang ist jedenfalls, dass schon die Glosse auf die historische Erklärung hinweist.

Neuerdings hat auch Keller[2]) betont, dass es keiner Vereinigung bedürfe, aber auch seine Begründung, die Constitution enthielte jus publicum, ist nicht zutreffend, weil sie doch Gewohnheitsrecht enthält und nicht mit der Staatsverfassung zusammenhängt.

§ 32.

Die Lösung der Antinomie.

Trotz ihres schlechten und schwülstigen Lateins ist die Codexstelle ohne Verkünstelung genau wörtlich zu übersetzen.

Wir gelangen dann zu dem Resultat:

Das Ansehen des Gewohnheitsrechts ist zwar kein geringes, dennoch aber ist Gewohnheitsrecht vermöge seines inneren

[1]) cf. Azo lectura ad lex 2 Cod. quae sit longa VIII 52.
[2]) Keller-Pandekten § 3

Gewichtes nicht so stark, dass es das Rechtsprincip oder ein Gesetz beseitigen kann. Mit anderen Worten: Gewohnheitsrecht hat nicht die Kraft, Recht, welches gesetzlichem Recht widerspricht und folglich als jüngeres Recht dieses aufheben würde, zu erzeugen.

Folglich derogiert die Codexstelle der Digestenstelle

§ 33.

Begründung aus historischen Gesichtspunkten.

Die thatsächlichen Verhältnisse, unter welchen die lex 2 cit. erlassen ist erklären das Gesetz zur Genüge.

So wenig es bezweifelt werden kann, dass das Gewohnheitsrecht in den Anfangsperioden der römischen Rechtsentwicklung derogatorische Kraft besessen hat — dafür sprechen auch mehrere Quellenzeugnisse,[1]) — so wenig kann zu Constantins Zeiten von einer Geltung des Gewohnheitsrechts contra legem die Rede sein.

Was Constantin dazu bewogen hat, diese Bestimmung zu treffen, war die sociale und wirtschaftliche Umgestaltung, die sich seit Ende der Republik in Italien vollzogen hatte. Das Gewohnheitsrecht hatte längst seine Rolle ausgespielt, das Gesetz war in allen wichtigen Materien die allein massgebende Rechtsquelle und hatte bereits eine in sich ausgebaute Rechtsordnung geschaffen. Thatsächlich war das Gewohnheitsrecht auf die Ausfüllung der immer weniger werdenden Lücken angewiesen.

Mit Constantin beginnt die grosse Gesetzgebung des sinkenden römischen Reichs, die er von vornherein nicht durch die Bewegungen des Volkes stören lassen wollte. Es liegt daher nahe, dass Constantin unter solchen Verhältnissen absichtlich in der lex 2 cit. das constatierte und für künftig festlegte, was sich im Leben längst als selbstverständlich herausgestellt hatte.

Ein grosser Rechtsgedanke liegt in dieser Bestimmung des Kaisers. Es ist der von politischem Scharfblick zeugende Gedanke, dass unter bestimmten Umständen eine Berechtigung des Gewohnheitsrechts zur Aufhebung des Gesetzes nicht mehr vorhanden sein kann und darf.

Welches sind diese Umstände?

Das Gesetz ist, wie oben nachgewiesen wurde, in den späteren Perioden der Volksentwicklung die einzig mögliche

[1]) § 11 J. de jure nat. 1, 2. § 7 J. de inj. 4, 4. l. 1 § 1 D de interrog. in jure 11, 1.

und einzig förderliche Rechtsquelle. Nur durch Gesetz vermag dann noch ein geordneter Rechtszustand geschaffen und vor allem aufrecht erhalten zu werden. So war es zu Constantins Zeiten, so ist es auch heute. Wo bliebe aber der ganze Vorteil der Gesetzgebung, wenn eine allgemeine Volksüberzeugung stets notwendige Voraussetzung ihrer Geltung sein sollte? Heute käme sicherlich kein Gesetz mehr zu stande. Würde ferner das im Stillen aus dem Volke herauswachsende Gewohnheitsrecht den durch die Gesetzgebung planvoll und zielbewusst errichteten Bau der Rechtsordnung zu untergraben vermögen, so wäre die Folge davon stets eine Hemmung und Unsicherheit in der Rechtsprechung und im Rechtsverkehr, also etwas, was dem Gedeihen des staatlichen Lebens gerade entgegengesetzt wäre, demgegenüber besonders der Gesetzgeber sich machtlos sähe.

Diese Durchkreuzung des zielbewussten Willens des Gesetzgebers, die zugleich eine Durchkreuzung der Volksinteressen bedeutete, zu vereiteln, das war der Gedanke Constantins. Er erkannte, dass unter solchen Verhältnissen dem Gewohnheitsrecht nur mehr Geltung praeter, nicht aber contra legem zukomme. Um diesen grossen politischen Gedanken zu verwirklichen, stand ihm nur ein Mittel zur Verfügung — die positive Gesetzesbestimmung.

Wenn Savigny und Puchta zu der Theorie der Gleichberechtigung beider Rechtsquellen gelangen, so ist dies lediglich eine Consequenz aus der durchaus falschen Stellung, die sie dem Gesetze anweisen. Nur auf dem Wege der Fiktion ist es ihnen möglich das Gesetz unter die Rechtsquellen einzureihen, und es ist nicht zu verwundern, wenn sie das Wirkliche dem Fingierten nicht unterordnen wollen. Als gleichberechtigt stellen sie nun zwar die beiden Rechtsquellen nebeneinander, wagen aber nicht, die Consequenz zu ziehen, dass wie Gewohnheitsrecht dem Gesetze derogiere, so auch ein von dem Gesetzgeber für unverbindlich erklärtes Gewohnheitsrecht trotzdem Geltung behalte.[1])

Hier gibt es aber nur ein aut — aut, entweder muss man die Gleichberechtigung beider Quellen ohne Furcht vor bedenklichen Consequenzen aufrecht erhalten, oder aber sie ganz fallen lassen.

Weil aber diese Theorie dem Gesetz nicht die gebührende Stellung einräumt, wird sie den Constantinischen Gedanken nicht nachdenken können.

[1]) In seinen „Vorlesungen" I S. 33 zieht Puchta allerdings diese Consequenz

§ 34.

Erklärung anscheinend entgegenstehender Quellenstellen.

Schwierigkeiten können dieser Lösung der Antinomie aus dem wirklichen Leben nicht entstehen, wohl aber stellen sich ihr scheinbar zwei Aussprüche Justinians entgegen, aus denen man herauslesen wollte, dass Justinian dem Gewohnheitsrecht die derogierende Kraft zuerkannt habe. So heisst es in der C. un pr. de cad. toll. VI. 51:

Et quemadmodum in multis capitulis lex Papia ab anterioribus principibus emendata fuit et per desuetudinem ‚abolita' ita et a nobis amittat vigorem, und in der Novelle 89 cap. 15 pr.: illa non recipimus, quia desuetudine etiam sublata sunt.

Bei genauerer Betrachtung stellt sich jedoch heraus, dass hier gar nicht davon die Rede ist, dass Gewohnheitsrecht einem Gesetze „derogiert" habe, sondern, dass die Ausdrücke desuetudine abolita, sublata, vielmehr bedeuten, dass der Satz bez. das Gesetz „ausser Uebung gekommen sei."

Die technischen Worte für „rechtlich aufheben" sind in den Quellen regelmässig abrogare, derogare legem s. legi.[1])

Wie sollte Justinian gerade in diesen Stellen davon abweichend die Worte, abolere und tollere, deren Zusammenstellung mit lex keine technische ist[2]) dennoch im technischen Sinne gebrauchen?

Ausserdem hebt Justinian selbst die betreffenden Gesetze ausdrücklich auf mit den Worten: ita et a nobis amittat vigorem, illa non recipimus. Demnach hielt er sie für noch nicht aufgehoben, sondern nur für ausser Uebung gekommen.

Folglich sprechen diese Stellen nicht gegen die Auffassung, dass dem Gewohnheitsrecht keine Geltung contra legem zukomme.

§ 35.

Die Stellung der modernen Gesetzgebung zu dieser Frage.

Dass unsere heutige Zeit in den für uns wichtigen Beziehungen denselben Charakter wie die Zeit Constantins, nur in noch schärferer Ausprägung an sich trägt, wurde bereits oben ausgeführt.

Es ist daher nur logisch, dass auch heute der Gedanke

[1]) cf. Heumann: Handlexikon unter abrogare.
[2]) cf. Heumann: l. c. unter abolere und tollere.

Constantins sich in der Gesetzgebung wiederfindet. Unsere Auffassung erhält dadurch einen Beweis ihrer Richtigkeit, eine beneidenswerte Unterstützung.

Sehr weit geht das preussische Landrecht, das das Gewohnheitsrecht contra legem gänzlich verbietet, praeter legem (in § 4) beschränkt gestattet.

Am weitesten geht das österreichische Gesetzbuch, das Gewohnheitsrecht contra und praeter legem verbietet; ähnlich das sächsische Gesetzbuch. § 28.

Das deutsche Handelsgesetzbuch (in Art. 1.) bestimmt, dass Handelsgewohnheitsrecht nur in Ergänzung des Reichsgesetzes, nicht contra legem zulässig sei.

Bezüglich des § 2 Absatz 1 des Reichsstrafgesetzbuches gehen die Meinungen der Schriftsteller auseinander.

Nach v. Liszt[1]) ist das Gesetz die einzige Quelle der Strafrechtssätze, während Binding dem Gewohnheitsrecht nur contra nicht praeter legem Geltung zuspricht.[2])

Bindings Ansicht fusst auf seiner Ueberzeugung, dass der Gesetzgeber nicht die Macht habe, dem Gewohnheitsrecht die derogatorische Kraft zu nehmen, und dass daher eine solche Gesetzesbestimmung auf gewohnheitsrechtlichem Wege wieder beseitigt werden könne.

Auf die durch diese Bemerkung eröffneten Fragen näher einzugehen, halte ich für überflüssig, da es Thatsache ist, dass, wo einmal der Gesetzgeber Gewohnheitsrecht verbietet, solches sich auch nicht weiterbildet. Theoretische Spekulationen mögen schliesslich die Beseitigung eines solchen Gesetzes für möglich erklären, in Wirklichkeit kommt dies nicht vor.

Der Entwurf I des bürgerlichen Gesetzbuches enthielt ein solches Verbot, der Entwurf II hat es wieder gestrichen — vielleicht infolge der zahlreichen Angriffe, die im Sinne Bindings gegen den Gesetzgeber gerichtet wurden.

Lassen wir also die Frage nach der Berechtigung, wichtiger ist der Umstand, dass der Gesetzgeber, der ein solches Verbot erlässt, eine grosse Pflicht auf sich nimmt, eine Pflicht, die unter den obwaltenden Verhältnissen jedem Gesetzgeber auferlegt ist.

Es ist die Pflicht, mit dem Volke und seinen Anschauungen gleichen Schritt zu halten und nicht durch hartnäckiges Aufrechterhalten eines veralteten Gesetzes den Richter und die Unterthanen in die üble Lage zu versetzen, entweder formell dem Gesetz gegenüber, oder aber sich, ihrem Gewissen, ihren gesunden Anschauungen gegenüber unrecht zu handeln.

[1]) v. Liszt: Lehrbuch des Strafrechts § 12.
[2]) Binding: Strafrecht I. S. 21 c. ff.

Das Gesetz hat einen starken Inhalt, es versteinert gewissermassen, während die Lebens- und Verkehrsverhältnisse steter Veränderung unterworfen sind.

Für uns wird dieser Fall des Widerstreits nicht leicht praktisch werden, denn einmal ist unter den heutigen Verhältnissen die Bildung eines Gewohnheitsrechts ausserordentlich erschwert, und zudem haben wir eine im Fluss begriffene Gesetzgebung, die allen Anforderungen nach Kräften gerecht zu werden sucht.

Litteratur

Adickes:	Zur Lehre von den Rechtsquellen (1872).
Baron:	Pandekten 7. Afl. (1890).
Beseler:	Volksrecht und Juristenrecht (1843).
Beseler:	System des gemeinen deutschen Privatrechts (1835)
Binding:	Handbuch des Strafrechts (1885).
Brinz:	Pandekten 3 Aufl. (1884).
Bruns:	Das heutige römische Recht (in von Holtzendorff's Encyklopädie 5 Afl. 1890).
Dernburg:	Pandekten (1886).
v. Gneist:	Zur Lehre vom Volksrecht. Festgabe für Beseler.
Hölder:	Zum allgemeinen Teil des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuches § 2 (im Archiv für civil. Praxis B. 73)
v. Jhering:	Geist des römischen Rechts 3 Afl (1873)
v. Jhering:	Kampf ums Recht (1872).
v. Jhering:	Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts (herausgegeben von Ehrenberg 1894).
v. Keller:	Pandekten (1861).
v. Listzt:	Lehrbuch des deutschen Strafrechts 5 Afl. (1892).
Meier:	Rechtsbildung in Staat und Kirche (1861).
Puchta:	Das Gewohnheitsrecht 2 Teile (1828, 1837).
Puchta:	Pandekten 10. Aufl. (1866).
Puchta:	Institutionen 6 Afl. (1865).
Puchta:	Recension des Beseler'schen Volksrechts in den Jahrbüchern für wissensch. Kritik (1844) Nr. 1–4
Regelsberger:	Pandekten (1893).
Rümelin:	Das Gewohnheitsrecht (in v. Jhering Jahrb. B. 27.)
v. Savigny;	System des heutigen röm. Rechts (1840).
v. Savigny:	Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 3 Afl. (1840).
Schuppe:	Das Gewohnheitsrecht.
Schwanert:	Gesetz und Gewohnheit, Rede (1873).
Thöl:	Volksrecht und Juristenrecht (1846).
v. Vangerow:	Pandekten 7. Aufl. (1863).
v. Wächter:	Pandekten (1880).
Windscheid:	Pandekten 6. Afl. (1887).
Zitelmann:	Gewohnheitsrecht und Irrtum (im Archiv für civil Praxis B. 66.)